

J. PECOTIĆ KAUFMAN, D. AKŠAMOVIĆ, A. POŠČIĆ, *Strukturne mjere...*
Zb. Prav. fak. Rij. (1991) v. 31, br. 2, 969-1017 (2010)

969

STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA KAO UVJET ZA PROVEDBU KONCENTRACIJE U EUROPSKOM I HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOGA NATJECANJA¹

Dr. sc. Jasminka Pecotić Kaufman, docentica
Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu
Dr. sc. Dubravka Akšamović, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Osijeku
Dr. sc. Ana Pošćić, viša asistentica
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 339.13(497.5)
339.13::061.1EU
Ur.: 11. svibnja 2010.
Pr.: 9. studenoga 2010.
Pregledni znanstveni rad

Sažetak

Učinkovit nadzor koncentracija poduzetnika podrazumijeva detektiranje onih koncentracija koje imaju negativne učinke na tržišno natjecanje. Takve koncentracije ipak mogu biti dopuštene ako sudionici koncentracije pristanu na ispunjenje određenih mjera, uvjeta i obveza koji otklanjaju negativne učinke koncentracije. U radu su analizirana europska pravila i praksa Komisije i sudova u području prava tržišnog natjecanja, kao i hrvatska pravila i novija praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Time je dan jasan uvid u stanje prava tržišnog natjecanja u EU i Hrvatskoj glede strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja. U tom smislu, posebno se ispituje u kojoj su mjeri hrvatski propisi usklađeni s pravnom stečevinom Unije, te u kojoj mjeri praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja prati najnovije izmjene u europskim propisima (Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Uočava se tendencija „usklađivanja kroz praksu“, tj. tendencija izravne primjene kriterija koji se primjenjuju u pravu tržišnog natjecanja Unije u pojedinačnim odlukama Agencije bez obzira na činjenicu da pojedina pravna pitanja nisu riješena važećim domaćim propisima. Ovakvo stanje interpretativnog usklađivanja kroz praksu, koje je karakteristično za razdoblje prije punopravnog članstva Hrvatske u Europskoj uniji, vjerojatno se neće značajnije promijeniti niti nakon ulaska u članstvo iako će se tada propisi Unije primjenjivati izravno, temeljem načela izravnog učinka, dok se do tada pravila Unije „ne primjenjuju kao izravni izvor prava“, već samo kao „pomoćno sredstvo za tumačenje“.

¹ Prikazani rezultati proizašli su iz znanstvenoga projekta (Hrvatsko pravo nakon reforme nadzora koncentracija u Europskoj zajednici, 067-0671442-1439), provedenog uz potporu Ministarstva znanosti, obrazovanja i športa Republike Hrvatske.

Ključne riječi: *pravo tržišnog natjecanja, koncentracije poduzetnika, strukturne mjere, mjere praćenja poslovanja, Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

U radu se razmatraju strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracija.

Koncentracije trgovačkih društava pojava su u gospodarskom poslovanju karakteristična za sve pravne i gospodarske sustave. One su sastavni i neizostavni dio suvremene poslovne prakse. Poduzetnici provode koncentracije u cilju jačanja konkurentnosti, širenja na nova tržišta ili zbog očuvanja postojećih tržišnih pozicija.

Koncentracije poduzetnika u pravilu imaju za ishod jačanje tržišnog natjecanja jer doprinose unaprjeđenju proizvodnje i inovacijama, a time i konkurentnosti poduzetnika. No, s druge strane nesporno je da u pojedinim slučajevima koncentracije mogu rezultirati značajnim ograničenjima tržišnog natjecanja i slabljenjem konkurencije.

Pitanjima štetnih učinaka koncentracija, a napose spornim i zabranjenim koncentracijama bavi se domaće i poredbeno pravo i praksa tržišnog natjecanja. Od sredine 70-ih godina 20. stoljeća na ovamo, provodi se nadzor koncentracija s ciljem procjene mogućih (štetnih ili pozitivnih) učinaka koncentracije na tržišno natjecanje. Većina su koncentracija u konačnici dopuštene koncentracije. No i u domaćoj i u stranoj praksi bilježe se slučajevi zabrane provedbe koncentracije.

Svaka odluka o zabrani koncentracije redovito otvara brojne dvojbe o tome je li zabrana koncentracije nužna i neizbježna. Posebice, ako se ima u vidu važnost i potreba jačanja konkurentnosti poduzetnika u uvjetima dinamičnog tržišnog natjecanja na danas globalnom tržištu. Osim toga, trgovački subjekti, koji sudjeluju u koncentraciji nužnost provedbe koncentracije brane argumentima, kao što su potreba ulaganja u istraživanje i razvoj, sniženje troškova proizvodnje, razvoj nove tehnologije i slično. Iako je neosporno da gotovo svaku koncentraciju prate i potonje okolnosti, navedeni argumenti sami za sebe u pravilu neće biti dostatni za dopuštanje koncentracije, ako se u postupku ocjene koncentracije nesporno utvrdi da će koncentracija za krajnji ishod imati jačanje vladajućeg položaja poduzetnika i slabljenje konkurencije. No u praksi su situacije apsolutne zabrane provedbe koncentracije ipak vrlo rijetke. Bilježi se tek nekolicina takvih odluka.²

2 Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZTN) do sada je izrekla zabranu provedbe koncentracije u samo u jednom predmetu. Riječ je o koncentraciji između Zagrebačke banke d.d., Unicredito Italiano S.p.A. i Allianz d.d. (rješenje AZTN, UP/I 030-02/2001-01/43, 11.09.2001., NN 102/01). No i ta je koncentracija u konačnici dopuštena, nakon prihvatanja mjere restrukturiranja, odnosno nakon prodaje udjela u temeljnom kapitalu, koju je jedan od poduzetnika, sudionika koncentracije, držao u Splitskoj banci. Slična je situacija i u praksi Komisije. Komisija je od 21. rujna 1990. do 30. travnja 2010. ocjenjivala 4355 koncentracija, od toga je 20 koncentracija bilo zabranjeno, što je manje od 1% ukupno ocjenjivanih koncentracija, <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/statistics.pdf>.

U većini slučajeva, tzv. spornih koncentracija, problem se rješava tako da sudionici koncentracije pristanu izmijeniti okolnosti koncentracije prihvaćanjem jedne ili više mjera, tzv. mjera restrukturiranja ili mjera praćenja poslovanja (ponašanja)³ sudionika koncentracije, čijom se provedbom rješava sporni problem konkurencije i koncentracija dopušta. Takve su mjere zapravo kompromisno rješenje u odnosu na odluku o apsolutnoj zabrani provedbe koncentracije i njima se zadovoljavaju interesi svih stranaka koji su na neki način uključene u postupak u svezi s provedbom koncentracije. S jedne strane na taj se način, na zadovoljstvo antimonopolnih tijela uklanja uočeni problem konkurencije. S druge strane, poduzetnicima se omogućuje da uz nužne izmjene, provedu željeno povezivanje.

Spomenute mjere, predviđaju propisi svih država koje provode nadzor koncentracija i suvremenu politiku tržišnog natjecanja. U EU je prva Obavijest Komisije kojom se detaljnije definiraju vrste mjera te kojom se pobliže regulira postupak u svezi s implementacijom mjera, donesena 2001.⁴ Ista je zamijenjena novom Obavijesti koja je donesena 2008.⁵ Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja poduzetnika, poznaju i domaće zakonodavstvo i praksa tržišnog natjecanja. Novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (dalje: ZZTN) ih jednako kao i stari ZZTN tek uzgredno spominje.⁶ Njima se detaljnije bavi Naputak AZTN-a u svezi s postupkom ocjene dopuštenih koncentracija,⁷ kojemu su uzor pri izradi poslužila rješenja sadržana u prvoj Obavijesti Komisije o mjerama iz 2001. Budući da je ista sada zamijenjena novom Obavijesti Komisije, a imajući i u vidu obvezu usklađivanja domaćeg zakonodavstva o tržišnom natjecanju sa zakonodavstvom koje je na snazi u EU, u radu se razmatra pravni režim za koncentracije u pravu tržišnog

- 3 Glede potonje mjere treba uvodno razjasniti neke terminološke dvojbe. Naime, novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja (NN 79/2009) mjere dijeli na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja. Engleski je izraz za strukturne mjere *structural remedies*, dok se za mjere praćenja poslovanja koristi engleski izraz *behavioural remedies*. Izraz *behavioural remedies* u Naputku Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja u svezi s postupkom ocjene koncentracija iz 2004. preveden je kao mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije slijedom čega je isti termin bio u uporabi u pravnoj teoriji sve do donošenja novog ZZTN-a. Novi ZZTN, dakle koristi izraz mjere praćenja poslovanja, koji su slijedom toga prihvatile autorice ovoga rada.
- 4 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98 (2001/C 68/03) - u daljnjem tekstu: Obavijest Komisije o mjerama iz 2001.
- 5 Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004 (2008/C 267/01) - u daljnjem tekstu: Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.
- 6 U novom se ZZTN-u (NN 79/2009) strukturne mjere i mjere praćenja spominju na više mjesta bez da se pravno definiraju ili pojašnjavaju. Primjerice, u čl. 14. st. 1. toč 3. ZZTN-a određeno je da AZTN određuje mjere, uvjete i rokove za otklanjanje štetnih učinaka postupanja koje su posljedica zlorabe vladajućeg položaja. Dalje se u st. 2. propisuje da AZTN može kao mjeru iz prethodnog stavka odrediti mjeru praćenja poslovanja ili strukturnu mjeru. Nadalje se ista pitanja razmatraju u čl. 22. i to st. 4., 5., 6., i 7. Potom se o razmatranim mjerama govori i u čl. 24., čl. 58. st. 1. toč 5. i 8. novog ZZTN-a itd.
- 7 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, AZTN, 2004., http://www.aztn.hr/pdf-novo/uredbe_vlade/7.4.pdf.

natjecanja EU s posebnim osvrtom na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja sudionika koncentracije kao uvjet za provedbu koncentracije. Analiziraju se rješenja koja sadrži nova Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., kao i relevantna praksa Komisije. Podredno se ista materija razmatra i u kontekstu rješenja koja o mjerama poslovanja i strukturnim mjerama sadrže domaći propisi te odluke AZTN-a.

2. STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA U EUROPSKOM PRAVU TRŽIŠNOGA NATJECANJA

Koncentracije trgovačkih društava predmetom su regulacije propisa o tržišnom natjecanju EU od 1990. Do tada su koncentracije poduzetnika bile podvrgnute pravnom režimu članaka 81. i 82. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 101. i 102. UFEU), koji su posvećeni pitanjima zabranjenih sporazuma i zlouporabi vladajućeg položaja, a koji su se u praksi nadzora koncentracija pokazali nepodobnima za reguliranje materije koncentracija.⁸ Stoga se 1973. započelo s radom na izradi dokumenta koji se isključivo trebao baviti pitanjima koncentracija poduzetnika u okviru zakonodavstva o tržišnom natjecanju EU.⁹ Rad na izradi teksta buduće Uredbe 4064/89 trajao je šesnaest godina. Nakon šesnaest godina intenzivnih rasprava postignut je kompromisni sadržaj teksta Uredbe Vijeća o nadzoru koncentracija poduzetnika (dalje: Uredba 4064/89), koja je stupila na snagu 30. prosinca 1989.¹⁰

Navedena je Uredba vrijedna spomena budući da je ona prvi dokument kojim je u EU uspostavljen supranacionalni, administrativni i sudski nadzor koncentracija. Njome su postavljeni temelji suvremenoga postupka nadzora koncentracija u okviru EU. Njezinim je donošenjem za sve koncentracije od “značaja za Zajednicu” (*Community dimension*) postala nadležna Komisija.

Njome su prihvaćeni svi najznačajniji instituti i danas zastupljeni u postupku ocjene koncentracija u EU. Pravno su definirane pojave koncentracija, uveden je postupak obvezatne prijave namjere koncentracije, definirani su i precizirani kriteriji za ocjenu koncentracija. U postupak ocjene koncentracije uveden je (kasnije zamijenjen), test vladajućeg položaja, definirano je pitanje razgraničenja nadležnosti u postupku ocjene koncentracija između Komisije i tijela za zaštitu tržišnog natjecanja država članica te je uveden dvostupanjski postupak ocjene koncentracije. Definirana su i brojna druga pitanja nužna za provođenje postupka ocjene koncentracije poput tijeka postupka, rokova, ovlasti Komisije u postupku

8 Vidi o tome: Bank, K., *Mergers and Partial Mergers Under EEC Law*, u knjizi *Mergers & Acquisitions and Joint Ventures*, Hawk, B., (ur.), Fordham University School of Law, Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 41-85., Korah, V., *EC Competition Law and Practice*, Hart Publishing, 2004., str. 337-338.

9 Prvi prijedlog Uredbe o nadzoru koncentracija predložen je Vijeću EZ-a 20. srpnja 1973. (OJ C 92/1). Time formalno započinje rasprava o tekstu buduće Uredbe 4064/89.

10 Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the control of concentrations between undertakings OJ L 395, 30.12.1989.

ocjene koncentracije (i druga), koja su bila nužna za djelotvornu provedbu prava tržišnoga natjecanja u odnosu na koncentracije.

Međutim, ono što je posebno bitno spomenuti u kontekstu ovoga rada je da je već prva Uredba o nadzoru koncentracija, Uredba 4064/89, predviđala mogućnost izmjene okolnosti koncentracija kod spornih koncentracija. Nakon toga je inače zabranjena koncentracija mogla biti proglašena usklađenom s ciljevima zajedničkog tržišta (*compatible with common market*). Odredbom članka 8(2) Uredbe 4064/89 bilo je predviđeno da će "Komisija koncentraciju proglasiti usklađenom sa zajedničkim tržištem nakon što utvrdi da su sudionici koncentracije izmijenili okolnosti koncentracije i na taj način ispunili obveze i uvjete (*commitments*) koje su preuzeli sporazumom s Komisijom. Citirana je odredba, uz odredbe koje je sadržavala kasnije donesena Obavijest Komisije o mjerama iz 2001., bila podloga na kojoj se gradila, danas bogata praksa Komisije u primjeni strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

Uredba 4064/89 na snazi je bila sve do 2004., kada je zamijenjena novom Uredbom 139/04. Glavni su razlozi donošenja nove Uredbe, potreba za fleksibilnijim postupkom ocjene koncentracija i potreba za modernizacijom pravnih rješenja u domeni nadzora koncentracija poduzetnika na razini EU.¹¹ Novom se Uredbom u postupak ocjene koncentracije uvodi niz novina, među kojima je zasigurno jedna od najvažnijih novina, uvođenje novoga testa u postupku ocjene koncentracija, tzv. testa značajnoga učinka.¹² Međutim, kada je riječ o mjerama praćenja poslovanja poduzetnika i strukturnim mjerama, Uredba 139/04 ne sadrži nova rješenja ili rješenja koja bi na bitno drugačiji način regulirala naznačena pitanja. U tom je smislu, temeljni dokument, kojim su u pravu tržišnog natjecanja EU regulirane strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja i nakon donošenja nove Uredbe o nadzoru koncentracija, Uredbe 139/04, bila Obavijest Komisije o mjerama iz 2001. godine.

11 Council Regulation (EC) No 139/04 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings OJ L 24, 29.01.2004. O razlozima, ciljevima i obuhvatu reforme zakonodavstva o koncentracijama u EU vidi: Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No 4064/89 COM / (1002) 745/6, 11.12.2001. No ovdje još treba napomenuti i to da je donošenje Uredbe 139/04 rezultat sveobuhvatne reforme prava tržišnog natjecanja EU-a, a ne samo zakonodavstva o koncentracijama. Istodobno se provodila i reforma propisa o primjeni članka 81. i 82. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 101. i 102. UFEU), a kada je Uredba 17/62 zamjenjena danas važećom Uredbom 1/2003.

12 Tzv. SIEC (*significant impediment to effective competition*) test. Primjenom ovoga testa središnji je cilj postupka ocjene koncentracija utvrditi hoće li koncentracija za posljedicu imati slabljenje tržišnog natjecanja na mjerodavnim tržištima na kojima proizvodi učinke. Ako se isto potvrdi, koncentracija se smatra zabranjenom, a ako ne, načelno se može smatrati da je riječ o dopuštenoj koncentraciji. Prema ranijem, tzv. testu vladajućega položaja, Komisija je u postupku ocjene koncentracije, a u cilju njezine zabrane, trebala dokazati da će koncentracija imati za učinak ili posljedicu jačanje ili stvaranje vladajućeg položaja sudionika koncentracije. Vidi detaljnije kod Pecotić Kaufman, J., Nadzor koncentracija poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja Europske unije, Pravo i porezi, br. 10/09., str. 80-86.

Potonja je Obavijest Komisije važna i danas, iako je izmijenjena 2008. budući da je ona prvi dokument Komisije u kojem se sustavno i cjelovito pristupa razmatranju pitanja strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja. Njome je u europsko pravo tržišnog natjecanja uvedena danas uvriježena kategorizacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja.

Osim navedenoga, Obavijest Komisije o mjerama iz 2001. regulirala je i brojna druga važna pitanja, kojima se bavi i nova Obavijest Komisije. Primjerice: 1/ opća načela i kriteriji za primjenu mjera, 2/ uvjeti koji sudionici koncentracije moraju ispuniti da bi Komisija prihvatila strukturnu mjeru ili mjeru praćenja poslovanja mjeru, 3/ u Obavijesti iz 2001. opisani su i postupci i slučajevi koncentracija u kojima primjena mjera nije moguća, 4/ uvjeti koje mora zadovoljavati potencijalni kupac imovine koja se u postupku primjene mjera prenosi na novog kupca, 5/ pitanja u svezi s imenovanjem povjerenika, 6/ pitanja nadzora nad provedbom mjera i brojna druga pitanja, procesne i materijalne naravi, bitna za primjenu instituta mjera praćenja poslovanja i strukturnih mjera u praksi.

Osim navedene Obavijesti Komisije iz 2001., još su dva dokumenta Komisije vrijedna spomena kao pravna vrela donesena u okviru zakonodavstva o koncentracijama s ciljem klarifikacije i standardizacije postupka primjene strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

Prvi je *Model Texts for Divestiture Commitments*, koji sadržava preporučeni sadržaj izjave sudionika koncentracije o preuzimanju neke obveze. Drugi je *Model Text for Trustee Mandate* koji sadrži tekst izjave u svezi s imenovanjem povjerenika (*trustee*) za nadzor provedbe mjera. Oba su dokumenta objavljena 2003. u okviru dokumenta koji nosi naziv *Best Practice Guidelines: The Commission's Model Text for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation*, a koji načelno obrazlaže i pojašnjava svrhu donošenja potonjih dokumenata.¹³

Svi ovi dokumenti, već sam za sebe, potvrđuju da se pravnoj materiji koncentracija općenito, a posebno razmatranim mjerama praćenja poslovanja i strukturnim mjerama, u okviru EU posvećuje velika pozornost. Ovo nije bez razloga. Koncentracije poduzetnika smatraju se važnim čimbenikom integracije tržišta europskih država. U tom smislu, pravo tržišnog natjecanja EU ne teži zabrani koncentracija i stvaranju prepreka koncentracijama između poduzetnika, već iznalaženju rješenja koje će zadovoljiti i ciljeve prava tržišnoga natjecanja i omogućiti gospodarski rast i razvoj, a time i prosperitet, "europskog gospodarstva".

2.1. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008. godine

Nova je Obavijest Komisije o prihvatljivim mjerama (strukturnim mjerama i mjerama praćenja poslovanja) donesena u listopadu 2008. godine.¹⁴ Prije njezine

13 Svi su dokumenti dostupni na: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/note.pdf>.

14 Nova je Obavijest objavljena u Službenom listu EU-a br. 267/1 od 22.10.2008.

službene objave, objavljen je nacrt njezina teksta,¹⁵ koji je poslužio kao podloga za raspravu i moguće kritike koje bi trebale biti uvažene pri usvajanju konačnog teksta nove Obavijesti.

Novom je Obavijesti revidiran tekst ranije Obavijesti o mjerama iz 2001. godine. No, unatoč tomu, ona ne donosi neke bitne suštinske ili korjenite promjene u praksi Komisije u primjeni mjera. I sama Komisija, prigodom inauguracije nove Obavijesti ističe da se u novoj Obavijesti temeljno polazi od iskustava i prakse koja se razvila tijekom vremena primjene mjera te da su u njoj uvaženi i uključeni sva bitna stajališta suda EU.

Međutim, Obavijest Komisije o mjerama iz 2008. ipak uvodi neke novine. Kao prvo, ona za razliku od prethodne obavijesti puno detaljnije razrađuje pojedine mjere i uvjete za njihovu implementaciju. Kao drugo, njome je značajno revidiran sam postupak podnošenja mjera. U tu je svrhu izdan novi obrazac koji stranke podnose Komisiji kada preuzimaju strukturnu mjeru ili mjeru praćenja poslovanja (tzv. *Form RM*). Kao treće, ona na transparentniji i jasniji način od prethodne Obavijesti opisuje pojedinačne mjere te okolnosti koje Komisija posebno vrijednuje pri prihvaćanju mjere, u prvoj ili drugoj fazi postupka ocjene koncentracije. Ovo je osobito bitno za poduzetnike, jer na taj način unaprijed znaju što je Komisiji prihvatljivo i neprihvatljivo u konkretnom slučaju. U svakom slučaju, oni štede i vrijeme i trud u pripremi mjere koju će u konačnici predložiti Komisiji. Kao četvrto, ona bitno iscrpnije definira pitanja imenovanja, prava, obveza povjerenika za nadzor nad ispunjenjem mjera.

Sva su naznačena pitanja obrađena u pet glava nove Obavijesti. Glava I. sadrži uvodna obrazloženja. U njoj se obrazlažu razlozi donošenja nove Obavijesti te njezina svrha. U glavi II. definirana su temeljna načela u svezi s primjenom i prihvaćanjem mjera. Glava III. predstavlja središnji dio nove Obavijesti i detaljno se bavi različitim vrstama mjera. Glava IV. bavi se postupovnim pitanjima u postupku podnošenja i prihvaćanja mjera u I. i II. fazi postupka ocjene koncentracije. I posljednja, glava V. razrađuje u detalje uvjete za prihvaćanje mjera s posebnim osvrtom na ulogu i ovlasti povjerenika koji je zadužen za nadzor nad provedbom mjera.

2.1.1. Opća načela i kriteriji za primjenu mjera

Jedan je od temeljnih preduvjeta učinkovite primjene razmatranih mjera, jasan, nedvosmislen, transparentan i predvidiv postupak u svezi s donošenjem i prihvaćanja mjera. Bez unaprijed formuliranih i poznatih kriterija i uvjeta za prihvaćanje mjera, teško je za očekivati da će sudionici koncentracije biti u stanju procijeniti kada je neka strukturna ili druga mjera Komisiji prihvatljiva, a kada ne.

U višegodišnjoj su se praksi primjene mjera, iznjedrila sada već opće prihvaćena i opće poznata načela i kriteriji za primjenu mjera. Ista se temelje na prethodnoj praksi Komisije i Suda, a utjelovljena su, osim u odredbama nove Obavijesti i u

15 Vidi o tome: http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf.

drugim dokumentima Komisije.¹⁶ U novoj su Obavijesti ona dijelom glave II. koja nosi naziv „Opća načela“. Međutim, tekst Obavijesti ukazuje na činjenicu da nije riječ samo o pravnim načelima koja vrijede u postupku donošenja mjera, već o zakonitostima od kojih se polazi u primjeni razmatranog instituta u praksi.

2.1.1.1. Uklanjanje poteškoća za tržišno natjecanje: potpuno, trajno i u kratkom roku

Polazno je i jedno od temeljnih stajališta Komisije, zauzeto u razmatranoj Obavijesti da je primjena strukturne mjere ili mjere praćenja moguća i ima smisla, samo ako se u potpunosti, trajno i u kratkom roku uklanja sporni problem konkurencije.¹⁷ U tom smislu, svaka predložena mjera, čiji je učinak neizvjestan, koja nudi samo djelomično ili privremeno rješenje spornog problema konkurencije ili samo na nekom od mjerodavnih tržišta i slično, *a priori* se smatra neprikladnom i postoji mala ili nikakva vjerojatnost da će Komisija takvu mjeru prihvatiti. Izbor odgovarajuće mjere prepušten je sudionicima koncentracije. Odnosno, drugačije rečeno, sudionici koncentracije sami predlažu Komisiji odgovarajuću mjeru. Komisija nema ovlast jednostrano nametnuti sudionicima koncentracije bilo koju mjeru.¹⁸ Njezina je zadaća, a to proizlazi i iz razmatrane Obavijesti, usmjerena na ispitivanje učinaka predložene mjere.

Ocjenjujući podobnost predložene mjere, Komisija je u prvom redu obvezna utvrditi, polaznu pretpostavku, odnosno uklanja li predložena mjera u potpunosti i trajno sporni problem konkurencije.¹⁹ Smatrat će se da predložena mjera proizvodi rečene učinke, ako Komisija može s nužnim stupnjem sigurnosti (*requisite degree of certainty*)²⁰ zaključiti:

a) predložena mjera će se moći provesti u kratkom vremenu i s vidljivim učinkom,²¹

b) ako je izvjesno da će predložena mjera proizvesti željene učinke te da će novo stanje na tržištu, koje je uspostavljeno nakon mjere, biti dugoročno održivo²² te

c) ako će se provedbom mjere spriječiti nastup štetnih učinaka na tržišno

16 Vidi u tom smislu Uredbu 139/04, alineja 30 preambule; Merger Remedies Study, DG Comp, listopad 2005., http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/remedies_study.pdf.

17 Vidi §§ 9 i 10 Obavijesti; vidi i presudu Suda EU-a u predmetu T-87/05 *EDP protiv Komisije* (2005) ECR II-3745, § 105.

18 Vidi u tom smislu § 6 Obavijesti. Takvo stajalište proizlazi i iz presude Suda EU-a u predmetu T-210/01 *General Electric protiv Komisije*, (2005) ECR II-5575, § 52. Komisija može predloženu mjeru prihvatiti ili ne, može tražiti ispunjenje dodatnih obveza, definirati rokove u kojima se preuzete obveze moraju ispuniti i ima i niz drugih ovlasti, no ne i ovlast da jednostrano propiše mjeru koju sudionici moraju preuzeti.

19 § 7 Obavijesti.

20 Vidi § 10 Obavijesti; vidi u tom smislu i presudu Suda EU-a u predmetu T-177/04 *easyJet protiv Komisije*, (2006) ECR II 1931, § 188.

21 Vidi § 9 Obavijesti.

22 Vidi § 10 Obavijesti.

natjecanje (*significantly impede competition*), koji bi inače i bez provedbe mjere, nastupili na mjerodavnom tržištu.²³

Kako bi utvrdila navedeno, Komisija je obvezna razmotriti sve relevantne čimbenike, a posebice vrstu i doseg predložene mjere, imajući u vidu strukturu tržišta, stanje tržišnog natjecanja na mjerodavnom tržištu, veličinu i snagu tržišnih natjecatelja i slično.²⁴ U tom smislu, u novoj Obavijesti stoji da je Komisija obvezna zasebno ispitati i tretirati svaki slučaj koncentracije i svaku predloženu mjeru. Time se (i u ovoj) Obavijesti potvrđuje da je *case by case* pristup i dalje temeljna metoda koja se primjenjuje u postupku ocjene koncentracija, ali i primjeni mjera.

2.1.1.2. Nadzor nad provedbom mjera

Sljedeći postavljen uvjet kao *conditio sine qua non* za prihvatanje neke mjere, je moguć nadzor nad njezinom provedbom.²⁵ Ovo posebno u odnosu na mjere praćenja poslovanja, ali i strukturne mjere. Pitanje nadzora nad provedbom mjera u dosadašnjoj se praksi Komisije pokazao kao posebno težak i složen problem za nadležna tijela. Problem leži u tomu što su poduzetnici sudionici koncentracije, u cilju ishođenja odobrenja koncentracije deklaratorno spremni prihvatiti bilo koju mjeru, a nerijetko su spremni preuzeti i više obveza negoli je to potrebno. Sve to, do trenutka dok koncentracija nije odobrena ili provedena ili na neko kraće razdoblje. Dosadašnja praksa Komisije potvrđuje da nakon što je koncentracija odobrena, i provedena, motivacija sudionika koncentracije za ispunjenje preuzetih obveza pada i oni su skloni učiniti tek toliko da zadovolje puku formu, bez prave namjere na poduzimanje radikalnih poteza, koji će proizvesti uistinu pozitivne učinke na tržišno natjecanje.

Nadalje, problem se može javiti i kada poduzetnici nemaju namjeru opstruirati ispunjenje preuzete obveze, ali kada je ispunjenje preuzete mjere otežano ili nemoguće, uslijed okolnosti koje se pripisuju krivnji sudionika koncentracije ili zbog drugih okolnosti, primjerice nemogućnost pronalaska odgovarajućeg kupca kod strukturnih mjera.²⁶ I naposljetku, može se dogoditi i da su predložene mjere ponekad presložene da bi se njihovo ispunjenje moglo učinkovito nadzirati.

U cilju reguliranja i razjašnjenja potonjih problema, Komisija u Obavijesti nudi određena pojašnjenja razmatranih problema. Primjerice, u Obavijesti se navodi da ako stranke predlože Komisiji mjere koje su toliko kompleksne da se ne može

23 Ibid.

24 Vidi § 12 Obavijesti.

25 Vidi § 13 Obavijesti.

26 Primjerice u predmetu koncentracije *SCA/Metsä Tissue* (COMP/M. 2097) Komisija je zabranila koncentraciju unatoč tome što su sudionici koncentracije bili spremni prodati dio imovine zajedno s nekim brandovima. Osim činjenice jačanja vladajućeg položaja na niz mjerodavnih tržišta u zemljopisnom smislu, Komisija je posebno spornim ocijenila okolnost da i u slučaju prodaje imovine, potencijalni kupac, s obzirom na uhodane kanale distribucije i jak tržišni položaj sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu, ne bi imao šanse učinkovito konkurirati, poduzetniku koji je nastao koncentracijom.

procijeniti niti sa sigurnosti utvrditi da će njihovo ispunjenje biti moguće, Komisija ne može jamčiti da će iste biti prihvaćene.²⁷ Time se sudionicima koncentracije jasno stavlja do znanja da su obvezni predložiti neku razumnu i provedivu mjeru, čije je pozitivne učinke moguće utvrditi i dokazati, ali potom i nadzirati. U protivnom, Komisija ima ovlast i odbiti predloženu mjeru uz argument da se ne može osigurati nadzor nad provedbom mjera.²⁸

Nadalje, u Obavijesti dalje stoji da će Komisija u ocjeni preuzetih obveza ispitati je li predložena mjera proporcionalna težini problema (načelo proporcionalnosti).²⁹ Time se s jedne strane želi naglasiti da sudionici koncentracije nisu dužni preuzeti više obveza negoli je potrebno za uklanjanje spornoga problema, već upravo suprotno, da treba pronaći optimalno rješenje problema i mogućnost nadzora nad provedbom preuzete obveze.³⁰

2.1.1.3. Prednost strukturnim mjerama

Opće je stajalište Komisije, koji je dijelom službene politike tržišnog natjecanja od najranijih dana primjene mjera, da između strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja, Komisija uvijek daje prednost strukturnim mjerama.³¹ Ovo iz

27 Vidi § 14 Obavijesti. Kao primjere prekompleksnih i time za Komisiju neprihvatljivih mjera vidi: COMP/M. 3440 *ENI/EDP/GDP*, 9.12.2004.; COMP/M. 1672 *Volvo/Scania*, 15.3.2000.

28 Vidi § 14 Obavijesti.

29 Načelo razmjernosti jedno je od temeljnih načela prava EU-a utjelovljeno u čl. 5. st. 3. Ugovora o osnivanju EZ-a (sada čl. 5. st. 4. UFEU), u kojem se navodi da mjere koje poduzimaju tijela EU ne smiju premašiti granice onoga što je nužno da se ostvari određeni cilj. U odnosu na razmatranu problematiku to znači da je Komisija u slučaju mogućnosti izbora između dvije ili više mjera obvezna primijeniti, za sudionike koncentracije, povoljniju mjeru. Takav zaključak proizlazi i iz odluke Suda EU-a u predmetu *BaByliss SA protiv Komisije* u kojem je Sud zauzeo stav da bi inzistiranje na prodaji imovine sudionika koncentracije (*divestiture*), u situaciji kada postoji mjera koja je za sudionike koncentracije prihvatljivija, bilo suprotno načelu razmjernosti (T-114/02, (2003) ECR II-1279).

30 Vidi u tom smislu: Cook, J., Kerse, C., *EC Merger Control*, 5th ed., Sweet&Maxwell, str. 283.

31 Načelni je stav Komisije, koji se provlači kroz cijeli tekst Obavijesti, da su strukturne mjere prikladniji i bolji način rješenja spornog problema konkurencije od mjera praćenja poslovanja. Ona kao uporište za svoje stajalište navodi i neke odluke Suda EU-a, konkretno stajalište Suda u predmetu *Tetra Laval protiv Komisije* (C-12/03, (2005) ECR I-987), te u predmetu *Gencor protiv Komisije* (T-102/96, (1999) ECR II-753). Međutim, uvidom u navedene odluke Suda ne može se zaključiti da Sud izričito daje prednost bilo kojoj vrsti mjera. Tako primjerice, u predmetu *Tetra Laval protiv Komisije*, § 319, Sud navodi da je kategorizacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja nebitna te da je važno da se predloženom mjerom mogu postići željeni učinci sprječavanja stvaranja vladajućeg položaja na tržištu. I u pravnoj teoriji se nailazi na gledišta autora koji navode da je favoriziranje strukturnih mjera predimenzionirano te da se u praksi primjene strukturnih mjera pojavljuje niz problema. (Vidi o tome više: Motta, M., Polo, M., *Merger Remedies in the EU: An Overview*, u knjizi, *Merger Remedies in American and EU Competition law*, Leveque, F., Shelanski, H., (ur.), Edward Elgar Publishing, 2004., str. 112. i dalje, Papandropoulos, P., Tajana, A., *The Merger Remedies Study - In Divestiture we Trust*, *European Competition Law Review*, br. 8/06., str. 449.). Na isti zaključak upućuje i Studija Komisije iz 2005. (*Merger Remedy Study*, supra bilj. 16).

razloga, jer strukturne mjere redovito predstavljaju trajno rješenje problema, jer u slučaju prihvatanja strukturnih mjera Komisija ne mora osigurati trajni nadzor nad ispunjenjem mjera. Međutim, izloženi je stav samo načelne prirode i ne treba ga tumačiti tako da Komisija neće prihvatiti i mjeru praćenja poslovanja kao mogući način razrješenja problema. Komisija je unatoč načelnoj sklonosti prihvatanja strukturnih mjera, obvezna pojedinačno valorizirati svaku ponuđenu mjeru i utvrditi nudi li ona odgovarajuće rješenje spornog problema i sukladno tomu postupati.³²

2.2. Vrste mjera – općenito

U domaćem i poredbenom pravu i praksi tržišnog natjecanja danas se uvriježila opće prihvaćena tipologija mjera na strukturne mjere (*structural remedies, structural commitments*) i mjere praćenja poslovanja poduzetnika (*behavioural remedies*).³³

Strukturnim mjerama se smatraju one mjere kojima dolazi do restrukturiranja poslovanja poduzetnika koji sudjeluju u koncentraciji. Provode se tako da se isti, u cilju odobrenja koncentracije, obvežu prenijeti na, u pravilu, konkurentskog poduzetnika, trgovačko društvo koje je prethodno bilo dijelom njihova poslovanja i tako osiguraju očuvanje postojeće razine tržišnog natjecanja i kompetitivnu tržišnu strukturu. Svi pravni izvori kao tipičan primjer strukturne mjere navode, tzv. *divestiture*, odnosno prodaju dijela imovine ili djelatnosti konkurentskom poduzetniku.

Mjere praćenja poslovanja su one mjere kojima sudionici koncentracije preuzimaju obvezu određenog postupanja (ili nepostupanja) kroz određeno vrijeme. Kao primjer mjere praćenja poslovanja može se navesti preuzimanje obveze opskrbe konkurenata određenim proizvodima i/ili uslugama i nakon provedbe koncentracije, po istoj cijeni, ili zabranu stjecanja dionica ili udjela u konkurentskim trgovačkim društvima iz iste djelatnosti.

Pravna doktrina govori i o trećoj vrsti mjera, tzv. kvazistrukturnim mjerama (*quasi-structural remedies*). To su one mjere koje uključuju elemente strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja, ali se ne mogu uvrstiti niti u drugu vrstu mjera, stoga im je dana posebna kategorizacija. Tipičan je primjer kvazistrukturne mjere prijenos licencije.³⁴

Navedena klasifikacija mjera, suprotno mogućim očekivanjima, nije izrijeком prihvaćena u zakonskim vrela prava tržišnog natjecanja EU-a, već potječe iz doktrine. Niti Uredba o nadzoru koncentracija 139/04, niti razmatrana Obavijest Komisije izrijeком ne klasificiraju razmatrane mjere na strukturne mjere ili mjere

32 Vidi § 15 Obavijesti.

33 Vidi o tome: Motta, M., Polo, M., op. cit., str. 125., Götz, D., Remedies under the Merger Regulation, u knjizi, Mergers & Acquisitions and Joint Ventures, Hawk, B., (ur.), Fordham Corporate Law Institute, 2004., str. 117-137.

34 Ugovorom o prijenosu licencije obvezuje se davatelj licencije da će ustupiti stjecatelju licencije u cjelini ili djelomično pravo iskorištavanja izuma, znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a stjecatelj licencije se obvezuje platiti mu za to određenu naknadu.

praćenja poslovanja.³⁵ U Obavijesti se temeljno govori o strukturnim mjerama i "drugim mjerama". Međutim, koriste se i drugi izrazi (primjerice, *non-structural remedy*, *structural commitments*, *commitments which are structural in nature* ili *commitments relating to the future behaviour of the merged entity*, *behavioural promises*, itd.). Navedeno svjedoči o prisutnoj terminološkoj neujednačenosti, na koju upozoravaju brojni autori.³⁶ Međutim, uočeni problemi nazivlja ne stvaraju u praksi probleme u primjeni mjera. Pretpostavlja se da je to razlog zbog kojeg Komisija do sada i nije reagirala na uočene terminološke primjedbe. Osim toga, ovakav pristup možda signalizira novi i otvoreniji i manje formalan pristup Komisije kada je riječ o kategorizaciji razmatranih mjera.³⁷

U domaćem se zakonodavstvu o tržišnom natjecanju, s druge strane, izrijeком provodi klasifikacija mjera na strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja.³⁸ U članku 14. st. 2. ZZTN-a određuje se da "Agencija može kao mjeru iz stavke 1. točke 3. odrediti i mjeru praćenja poslovanja i/ili strukturnu mjeru". Jednako tako i Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, koji je uz ZZTN, jedino pravno vrelo iz kojeg se u domaćem zakonodavstvu mogu crpiti saznanja o razmatranoj materiji, mjere dijeli na strukturne mjere i mjere praćenja ponašanja (što odgovara doslovnom prijevodu izraza *behavioural remedy*). U rečenom se Naputku, podredno navodi zasebna, treća kategorija mjera, koje su kombinacija mjera praćenja ponašanja i strukturnih mjera,³⁹ a što odgovara tipologiji koja je usvojena u stranoj doktrini. U spomenutom se Naputku primjera radi navode kao tipične, neke strukturne mjere: 1/ prijenos stečenih dionica, odnosno poslovnih udjela, 2/ prodaja jedne ili više djelatnosti koje obavljaju sudionici koncentracije, 3/ prodaja ili prestanak korištenja dijela ili svih nekretnina ili imovine sudionika koncentracije, 4/ prestanak kontrole zajedničkog pothvata i druge.⁴⁰

U novoj se Obavijesti Komisije naznačena pitanja uređuju znatno iscrpnije i brojnim odredbama.

35 Treba napomenuti da ni studija Komisije o strukturnim mjerama i mjerama praćenja poslovanja (Merger Remedies Study, supra bilj. 16) također ne provodi klasifikaciju mjera na mjere praćenja poslovanja i strukturne mjere. U potonjem se dokumentu mjere klasificiraju s obzirom na očekivane učinke. Primjerice jedna je od mjera preuzimanje obveze istupanja iz zajedničkog pothvata prodajom udjela ili dionica (*commitments to exit from a joint-venture*) ili obveza jamčenja prava na pristup određenim dobrima ili uslugama (*commitments to grant access*) i slično. (Vidi o tome Merger Remedies Study, supra bilj. 16., Odjeljak C, str. 17.).

36 Vidi primjerice: Motta, M., Polo, M., Vasconcelos, H., Merger Remedies in the EU: An Overview, The Antitrust Bulletin, vol. 52., br. 3/4., 2007., str. 607., Papandropoulos, P., Tajana, A., op. cit., str. 444.

37 Papandropoulos, P., Tajana, A., op. cit., str. 444.

38 Vidi čl. 14. st. 2. ZZTN (NN 79/2009).

39 Vidi Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, supra bilj. 7, str. 54.

40 Ibid., str. 56.

Tablica 1. – Podjela prema vrstama mjera i broj izrečenih mjera prema godinama⁴¹

| | 2007. | 2008. | 2009. (do 30. lipnja) | Odluke od dana donošenja nove Obavijesti |
|---------------------------------------|-------|-------|-----------------------------|--|
| Ukupni broj odluka | 22 | 24 | 9 | 13 |
| Faza I. | 18 | 19 | 7 | 10 |
| Faza II. | 4 | 5 | 2 | 3 |
| Vrsta mjere: | | | | |
| 1/ Strukturna | 14 | 7 | 2 | 2 |
| 2/ Mjere praćenja poslovanja | 4 | 3 | 0 | 1 |
| 3/ Kvazistrukturne mjere | 9 | 14 | 4 | 8 |
| <i>Divestiture</i> | 14 | 14 | 0 | 3 |
| <i>Crown jewels</i> | 5 | 4 | 0 | 0 |
| <i>Fix-it-first remedy</i> | 1 | 1 | 0 | 0 |
| <i>Up-front buyer</i> | 1 | 2 | 1 | 1 |
| <i>Carve-out</i> | 4 | 5 | 1 | 2 |
| <i>Mix-and-match</i> | 1 | 2 | 1 | 1 |
| Prodaja udjela u zajedničkom pothvatu | 3 | 4 | 1 | 1 |
| Prijenos licencije ili branda | 5 | 4 | 1 | 1 |

2.2.1. Strukturne mjere

Obavijest Komisije ne definira pojam strukturnih mjera. Usvaja se krajnje pragmatičan pristup prema kojem se strukturne mjere određuju opisno. Najvažnija je strukturna mjera o kojoj govori razmatrana Obavijest tzv. *divestiture*.⁴² Izraz

41 Prema: Sorinas, S., Jorns, C., EU Merger Remedies, International Financial Law Review, listopad, 2009., www.iflr.com/Article/2324298/European-Union-EU-merger-remedies.html.

42 Izraz *divestiture* definira se na sljedeći način: "Odluka poduzetnika da u sklopu restrukturiranja poslovanja proda dio poslovne aktivnosti, poduzeće ili djelatnosti podružnice s ciljem

divestiture, međutim, nije jednoznačan izraz i ne odnosi se na jednu i konkretnu mjeru ili poslovnu operaciju. Tim su pojmom obuhvaćene različite poslovne transakcije. Najčešće je riječ o prijenosu trgovačkog društva, poduzeća, poslovnog pogona, branda ili slično, na konkurentskog poduzetnika.

Krajnji je cilj naznačenih transakcija očuvanje konkurentne tržišne strukture i to:

1/ na način da se izdvajanjem iz imovine sudionika koncentracije jednog segmenta poslovne aktivnosti na mjerodavno tržište uvede novi konkurent, koji je koncentracijom nestao, koji je neovisan u odnosu na sudionike koncentracije, koji je u stanju samostalno djelovati na tržištu i osigurati učinkovito tržišno natjecanje⁴³ ili

2/ da se prijenosom na postojećeg konkurenta, dijela imovine ili djelatnosti sudionika koncentracije, omogućí potonjem konkurentu opstanak na tržištu i tržišno natjecanje.

U tom smislu, osnovni je uvjet koji se mora zadovoljiti, da bi predložena strukturna mjera (*divestiture*) bila prihvaćena, da predmet prodaje bude, tzv. *viable business*.⁴⁴ Izraz *viable business* odnosi se na trgovačko društvo, poduzeće, poslovni pogon i slično, koje: 1/ ima kapaciteta samostalno i trajno opstati na tržištu, 2/ može (u stanju je) učinkovito i dugoročno konkurirati sudionicima koncentracije, nakon njezine provedbe te 3/ koje je nezavisno od sudionika koncentracije u pravnom, ekonomskom i drugom smislu.⁴⁵ Primjerice, u predmetu koncentracije *MCI World/Sprint*,⁴⁶ Komisija je navedenim poduzetnicima zabranila provedbu koncentracije, jer je sumnjala da bi prodaja Sprintovog internetskog poslovanja potencijalnom kupcu riješila sporni problem. U predmetnoj su se koncentraciji sudionici koncentracije obvezali prodati internetski *business* poduzetnika Sprint. Međutim, procjenjujući moguće učinke predložene strukturne mjere, Komisija je utvrdila da je taj segment poslovanja neraskidivo isprepleten s ostalim djelatnostima sudionika koncentracije. Zbog toga je ocijenila da izdvojeno trgovačko društvo, nakon provedbe koncentracije, ne bi moglo opstati na tržištu, kao neovisan poduzetnik, koji bi mogao učinkovito konkurirati sudionicima koncentracije.

Slijedom navedenoga, prijenosom bilo koje imovine sudionika koncentracije i na bilo kojeg kupca neće se smatrati da su ispunjeni gore navedeni uvjeti. Kao prvo, prenesena imovina mora se sastojati od svih materijalnih i nematerijalnih dobara koja su nužna da bi potencijalni kupac mogao započeti ili nastaviti s poslovanjem te iskorištavati prenesenu imovinu u istom opsegu i načinu, kao i sudionici koncentracije.⁴⁷ Da bi to bilo moguće, sudionici koncentracije nerijetko će uz materijalnu imovinu (poslovne pogone i slično) na novoga kupca morati

koncentriranja poslovanja samo na jednu dominantnu djelatnost.” Vidi: Glossary of terms used in EC Competition policy, http://ec.europa.eu/competition/publications/glossary_en.pdf, str. 14.

43 Cook, J., Kerse, C., op. cit., bilj. 30., str. 296. Vidi u tom smislu i § 22 Obavijesti.

44 Vidi § 23 Obavijesti.

45 Vidi § 32 Obavijesti.

46 COMP/M.1741, 28.6.2000.

47 Vidi § 25 Obavijesti.

prenijeti i puno više. Primjerice, ugovore s dobavljačima ili ranijim kupcima robe, ugovore o radu sa zaposlenicima, brand, pravo na iskorištavanje licencije ili patenta, nova tehnološka rješenja i slično.⁴⁸ Tako su u predmetu koncentracije između poduzetnika Procter&Gamble i Wella, sudionici koncentracije se obvezali prenijeti na konkurentskog poduzetnika sva trgovačka društva u Irskoj i Norveškoj čija je djelatnost bila proizvodnja sredstava za njegu kose. Sporazum je uključivao i obvezu prodaje proizvodnih pogona, ali i nekolicine tržišnih marki (Herbal Essences, Silvikrin, Catzy i drugih).⁴⁹ Jednako tako, u pojedinim će slučajevima, sudionici koncentracije uz osnovnu djelatnost morati na konkurentskog poduzetnika prenijeti i sporedne djelatnosti od kojih zavisi uspješnost obavljanja glavne djelatnosti (tzv. *carve out*).

Kao drugo, potencijalni kupac, mora biti osoba za koju se nedvojbeno može utvrditi da će biti u stanju, po provedenoj koncentraciji, djelotvorno konkurirati poduzetniku nastalom koncentracijom. To mora biti osoba (fizička ili pravna) koja je: 1/ (pravno i ekonomski) neovisna od sudionika koncentracije, 2/ koja je financijski stabilna i jaka i 3/ koja ima znanja, mogućnosti i potrebitu stručnost za održanje i razvijanje preuzetog poslovanja. I konačno, kao potencijalni kupac ne može biti predložena osoba čiji bi ulazak na mjerodavno tržište rezultirao novim problemom konkurencije.⁵⁰

Budući da navedene uvjete nije jednostavno zadovoljiti, a napose nije jednostavno pronaći odgovarajućeg kupca, poduzetnici bi trebali, već u ranoj fazi provedbe koncentracije ili već usporedo s donošenjem odluke o namjeri provedbe koncentracije, početi razmišljati kako riješiti sporni problem konkurencije. Posebice ako su svjesni da je vrlo vjerojatno riječ o spornoj koncentraciji, koja će se moći provesti tek uz određene modifikacije. Na taj će način izbjeći situaciju da najave provedbu koncentracije ili započnu s njezinom provedbom, a da ona u konačnici bude zabranjena.

48 Vidi COMP/M.5152 *POSTEN AB/POST DANMARK A/S*, 21.04.2009.

49 Vidi COMP/M3149 *Procter & Gamble/Wella*, 30.07.2003. Vidi o tome i COMP/M.4187 *Metso/Aker Kvaerner*, 12.12.2006). U potonjem su se predmetu koncentracije poduzetnici obvezali prodati svu materijalnu i nematerijalnu imovinu poduzetnika Kvaerner koja se odnosi na proizvodnje strojeva i opreme za proizvodnju različitih kemijskih proizvoda te svu materijalnu i nematerijalnu imovinu poduzetnika Metso za proizvodnju strojeva za izradu papirne konfekcije.

50 Primjerice u predmetu koncentracije *Sanofi-Aventis/Zentiva* u sporazumu s Komisijom određeno je da: 1/ kupac mora biti osoba koja je pravno i ekonomski neovisna od sudionika koncentracija i koja s istima nije ni na koji način povezana, 2/ je to osoba značajnih financijskih sredstava, dokazane stručnosti i kreativnosti koja će biti u stanju održati i razvijati poslovanje preuzetog trgovačkog društva, 3/ je to osoba koja je već postojeći ili potencijalni konkurent sudionika koncentracije u generičkoj farmaceutske industriji, koja je već prisutna na tržištu srednje i istočne Europe i 4/ je to osoba čije preuzimanje predmetne imovine neće rezultirati novim problemima konkurencije na mjerodavnom tržištu (COMP/M. 5253, 04.02.2009., Commitments, Section D, str. 90.). O razmatranoj problematici vidi i §§ 47-52 Obavijesti.

Jednako tako, restrukturiranje poslovanja sudionika koncentracije i prodaja sporne imovine možda može biti “manje bolna”, ako sudionici koncentracije rješavanju spornog problema pristupe pravodobno i u što ranijoj fazi, jer tako dobivaju više vremena i prostora za pregovaranje s Komisijom i pronalazak “boljeg rješenja” ili podobnijeg kupca. Obavijest Komisije sadrži niz rješenja koja sudionicima koncentracije omogućuju potonje, bezbolnije i/ili brže provođenje strukturne mjere ili koja barem daju jasne naznake o preporučenim modalitetima ispunjenja preuzete obveze. Tako primjerice u Obavijesti stoji da sudionici koncentracije Komisiji mogu predložiti izmjenu okolnosti koncentracije u bilo kojoj fazi postupka ocjene (u I. ili II. fazi).⁵¹ To znači, da oni već u prvoj fazi postupka ocjene mogu s Komisijom riješiti sporni problem i ishoditi odobrenje za provedbu koncentracije, bez da je otvorena druga faza postupka ocjene, koja znači duži i kompleksniji postupak ocjene.⁵² No, treba voditi računa, a na to upozorava i Komisija u novoj Obavijesti, da će ona prihvatiti strukturnu (ili drugu mjeru) koju joj predlože sudionici koncentracije u prvoj fazi postupka ocjene samo ako su sudionici koncentracije ispravno definirali problematične aspekte koncentracije te ako ponuđena mjera nedvojbeno dovodi do rješenja spornog problema (*clear cut solution*).⁵³

Nadalje, kada je riječ o načinu rješavanja, posebno zahtjevnog pitanja, pronalaska odgovarajućeg kupca, Obavijest predviđa tri načelne mogućnosti.

Prema prvoj, sudionici koncentracije preuzimaju obvezu provedbe strukturne mjere i u okviru toga pronalaska odgovarajućeg kupca tek nakon odluke Komisije kojom se koncentracija uvjetno dopušta. U tom slučaju Komisija u drugoj fazi postupka ocjene utvrđuje problematične aspekte koncentracije. Sudionici koncentracije predlažu rješenje spornog problema, pronalaze i Komisiji predlažu odgovarajućeg kupca te po dobivenom odobrenju oni ostvaruju prijenos imovine na potencijalnog kupca. Oni su preuzetu obvezu dužni provesti u za to predviđenom roku i sukladno uvjetima sporazuma koji su sklopili s Komisijom.⁵⁴ Ne uspiju li sudionici koncentracije pronaći odgovarajućeg kupca ili ako ne ostvare prijenos imovine u zadanom roku i to iz razloga koji su sami uzrokovali, ali i iz drugih (primjerice, jer ne mogu pronaći odgovarajućeg kupca) sankcije mogu biti višestruke. Krajnje je rješenje zabrana provedbe koncentracije i/ili poništaj već provedene koncentracije. Moguća je sankcija i novčana kazna, ali i preuzimanje obveze prodaje eventualno vrijednije i sudionicima koncentracije značajnije imovine (tzv. *Crown Jewels*).⁵⁵

Prema drugoj opciji, sudionici koncentracije mogu pronaći odgovarajućeg kupca i s njim sklopiti okvirni sporazum o prodaji imovine tijekom trajanja postupka

51 Vidi §§ 77-96 Obavijesti.

52 Za statističke podatke o broju predmeta riješenih u prvoj fazi postupka ocjene koncentracije u razdoblju od 2007. do rujna 2009. vidi tablicu 1.

53 Vidi § 81 Obavijesti.

54 Vidi o tome: *Model Text for Divestiture Commitments*, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/commitments.pdf>.

55 Vidi §§ 44-46 Obavijesti.

ocjene koncentracije (tzv. *fix-it-first remedy*). Time se postižu značajne uštede u vremenu, koje je inače potrebno da Komisija odobri kupca i da se problem riješi „u hodu“. U tom slučaju, Komisija će u svojoj odluci o dopuštenosti koncentracije zaključiti da je sporni problem uklonjen (ili da nije, ako eventualno predloženoga kupca nađe neodgovarajućim).

Prema trećoj opciji, sudionici koncentracije mogu preuzeti obvezu da neće provesti koncentraciju sve dok ne pronađu odgovarajućeg kupca (*up-front-buyer*).⁵⁶ U tom slučaju Komisija će koncentraciju uvjetno dopustiti. Međutim koncentracija se neće provesti sve dok sudionici koncentracije ne pronađu odgovarajućeg kupca i dok Komisija ne potvrdi njegovu podobnost. Tek nakon što sudionici koncentracije nađu kupca, Komisija ga odobri i sudionici koncentracije sklope s njim ugovor o prijenosu imovine, koncentracija će se moći nastaviti.

U potonjem slučaju, sudionici koncentracije bi trebali biti visoko motivirani za pronalazak odgovarajućeg kupca u što kraćem roku, jer to za njih znači i mogućnost nastavka provedbe koncentracije. S druge strane, Komisija na taj način pravodobno dobiva sve potrebite informacije o potencijalnom kupcu, kojima može procijeniti sposobnost kupca da nakon provedbe koncentracije održi tržišno natjecanje na mjerodavnom tržištu. Ali i mogućim rizicima povezanim s predloženim transakcijama, kao što su ovisnost potencijalnog kupca o izvorima nabave ili prodaje sudionika koncentracije ili drugi.

2.2.2. Ostale strukturne mjere

Prodaja već postojećeg poduzetnika, s jakom tržišnom pozicijom, s dokazanim ugledom na tržištu, poznatim brandom i evidentnim stručnim znanjem i sposobnostima koje su jamstvo njegove sposobnosti konkuriranja na tržištu sudionicima koncentracije nakon njezine provedbe (*divestiture of viable business*), nedvojbeno predstavlja najbolje moguće rješenje spornoga problema konkurencije za Komisiju. Naime, veća je vjerojatnost da će na tržištu opstati trgovačko društvo koje je već prethodno bilo prisutno na tržištu, koje već ima uhodane kanale nabave i distribucije, koje je kupcima poznato, a koje je u postupku restrukturiranja koncentracije samo promijenilo vlasnika.

Međutim, takve su situacije, u praksi zapravo rijetke.⁵⁷ Tek će se u manjem broju slučajeva koncentracija iz imovine sudionika koncentracije moći izdvojiti jedan segment poslovanja (ili imovina) s navedenim karakteristikama, a pri tomu i naći kupac te imovine koji je dovoljno jak i sposoban poduzetnik da može preuzeti i/ili uspješno nastaviti poslovanje i koji predstavlja upravo ono što Komisija zamišlja kao optimalno rješenje spornog problema konkurencije.

56 Vidi: COMP/M.5355 *BASF/Ciba*, 12.03.2009; COMP/M. 2544 *Masterfoods/Royal Canin*, 15.02.2002.

Vidi: COMP/M.3796 *OMYA/HUBER plc*, 19.07.2006.; COMP/M.2972 *DSM/Roche Vitamins*, 23.07.2003.

57 Primjerice u 2009. od 13 postupaka uvjetno dopuštenih koncentracija u svega dva predmeta bilo je moguće provesti, tzv. *pure structural remedy* odnosno prodaju (samo pokretne i nepokretne imovine) bez da je sporazum sadržavao i dodatne, uglavnom kvazistrukturne mjere.

U većem će se broju slučajeva koncentracija, tražiti alternativno i zadovoljavajuće rješenje, a do njega se nerijetko dolazi posredno i nakon dugotrajnih pregovora i kompromisa, na koje pristaju i sudionici koncentracije, ali i Komisija i to u obostranom interesu. Sudionicima je koncentracije krajnji cilj u konačnici ishoditi odobrenje za provedbu koncentracije i to u što kraćem roku i uz što je moguće manje preuzetih obveza. Komisiji je važno dugoročno stvoriti pretpostavke za učinkovito tržišno natjecanje. Ako to nije moguće postići na najbolji mogući način, a taj je uvođenjem na tržište konkurenta koji će zamijeniti sudionika koncentracije koji je koncentracijom na tržištu nestao i tzv. *clear cut* rješenjem, a čemu se bezuvjetno daje prednost, tada se mora osigurati i alternativni put, kojim će se doći do zadovoljavajućega rješenja.

U razmatranoj se Obavijesti kao alternativa najpoželjnijoj, strukturnoj mjeri – prodaji imovine ili spornog poslovanja sudionika koncentracije (*divestiture of viable business*) spominju i druge, prihvatljive (strukturne) mjere, koje se mogu izreći kao samostalne mjere ili u sklopu osnovne strukturne mjere (*divestiture*). Međutim, posebno se izdvajaju sljedeće: 1/ prodaja komplementarne imovine sudionika koncentracije (*mix and match remedy*), 2/ *ex post* izdvajanje iz imovine sudionika koncentracije onog segmenta poslovanja koji je i nakon provedenog prijenosa imovine (*divestiture*) ostao ovisan ili u uskoj svezi sa sudionicima koncentracije (*carve out*), 3/ zadržavanje dijela poslovne aktivnosti i prijenos *core businessa* na konkurentskog poduzetnika (*reverse carve out*), 4/ prijenos isključivog prava licencije na konkurentskog poduzetnika (*re-branding*), 5/ prodaja najvrjednije imovine sudionika koncentracije ili one za koju postoji najveći interes eventualnih kupaca (*crown jewels*) i 6/ uklanjanja strukturnih sveza s konkurentima.

2.2.2.1. *Mix-and-match-remedy*

Ova se mjera javlja kao alternativa osnovnoj strukturnoj mjeri – prodaji već postojećeg i uhodanog poslovanja sudionika koncentracije (*divestiture*). Riječ je o mjeri koja također podrazumijeva prodaju imovine ili poslovanja sudionika koncentracije, ali tako da se u “paketu” prodaje imovina koja je prethodno bila dijelom imovine svakog od sudionika koncentracije. U tom smislu, predmet prodaje konkurentskom poduzetniku nije trgovačko društvo ili poduzeće kao samostalna ekonomska jedinka, koje je prethodno bilo dijelom “poslovnoga carstva” jednog od sudionika koncentracije, već su predmet prodaje dijelovi imovine ili poslovanja, svakog od sudionika koncentracije. Da bi ovu mjeru Komisija prihvatila osnovni je uvjet da imovina, koja je predmet prodaje, predstavlja logičnu ekonomsku cjelinu, iz koje može nastati “novi poduzetnik”, a ne skup međusobno nepovezanih dobara.

2.2.2.2. *Carve out*

Carve out je termin koji se u Obavijesti ne koristi za označavanje neke posebne strukturne mjere. Naime, u većini slučajeva koncentracija, poduzetnici sudionici koncentracije uz glavnu djelatnost obavljaju i sporedne djelatnosti, koje

služe obavljanju glavne djelatnosti i koje su zapravo s ekonomskog stajališta važne za učinkovito obavljanje glavne djelatnosti. U tom smislu, *carve out* se odnosi na obvezu sudionika koncentracije da kada na konkurentskog poduzetnika prenose određeni poslovni pogon, poduzeće i/ ili djelatnost, zajedno s tim *core businessom* prenesu i onu imovinu ili djelatnosti od kojih zavisi poslovanje osnovne djelatnosti. Odnosno, od njih se traži da na konkurentskog poduzetnika prenesu ukupnost dobara koja su nužna za nastavak poslovanja.

Što će sve biti potrebno prenijeti na konkurentskog poduzetnika, zapravo je nemoguće unaprijed odrediti. Tek kada se definira sporni problem konkurencije, kojeg dijela poslovanja će se sudionici morati odreći i žele li provesti koncentraciju, tek se tada može utvrditi koju će eventualno drugu imovinu ili djelatnost sudionici koncentracije morati prenijeti na potencijalnog kupca uz glavnu djelatnost.

Primjerice, u predmetu koncentracije između poduzetnika *Sanofi-Aventis/Zentiva*⁵⁸ sudionici koncentracije su na konkurentskog poduzetnika morali, osim materijalnih i nematerijalnih dobara prenijeti sve suglasnosti i dozvole nadležnih tijela potrebite za nastavak proizvodnje i obavljanje djelatnosti, zatim sva prava iz ugovora o licenci s drugim poduzetnicima, nadalje sve ugovore o *leasingu* i druge ugovore s dobavljačima i kupcima, kao i promidžbene materijale koji su se sudionici koncentracije prethodno koristili u oglašavanju proizvoda. Osim navedenoga, sporazumom je kupcu ostavljena i mogućnost ponude sklapanja ugovora o zaposlenju svim onim zaposlenicima za koje je on smatrao da su mu ključni u proizvodnim ili drugim procesima za nastavak djelatnosti (primjerice s trgovačkim zastupnicima). I konačno, kupcu je dana i mogućnost da u budućnosti usavršava predmet licence i da u cilju unaprjeđenja prodaje izmjeni ambalažu proizvoda.

2.2.2.3. *Reverse carve out*

Za razliku od prethodno razmatrane mjere riječ je o alternativnoj strukturnoj mjeri u odnosu na osnovnu strukturnu mjeru prodaje imovine sudionika koncentracije (*divestiture*). Ona se realizira tako da poduzetnici preuzmu obvezu iz svoga *core businessa*, izdvojiti dio poslovanja koje će zadržati za sebe i dalje razvijati, a na konkurentskog poduzetnika prenose osnovnu djelatnost ili *core business*. U tom smislu, u ovom se slučaju na konkurentskog poduzetnika prenosi trgovačko društvo ili poduzeće (matično poslovanje) iz kojega se izdvaja jedan dio poslovne aktivnosti ili djelatnosti koji ostaje u rukama "sudionika koncentracije".

2.2.2.4. *Re-branding*

U pravnoj literaturi ova se mjera (sasvim ispravno) svrstava u kvazistrukturne mjere. Riječ je o obvezi sudionika koncentracije da na konkurenta prenesu isključivo pravo licence određenoga, kupcima poznatoga i na tržištu afirmiranoga branda i to na određeno i unaprijed definirano vrijeme. U zadanom vremenu, potencijalni

58 COMP/M.5252, 04.02.2009, Odjeljak B., str. 85-88.

stjecatelj licencijske redizajnom branda, koji su na njega prenijeli sudionici koncentracije na tržištu, trebao bi razviti novi brand, koji će kupci prihvatiti i koji bi s vremenom trebao steći primat u odnosu na izvorni brand. Protekom vremena trajanja licencijske, licencijska se ponovno prenosi na sudionike koncentracije. Oni tada nastavljaju tržišnu aktivnost i proizvodima ili uslugama konkuriraju poduzetniku koji je stekao licencijsku.

Temeljni je problem kod primjene ove mjere, a na koji Komisija upozorava u Obavijesti, pronalazak odgovarajućeg stjecatelja licencijske, za kojeg se s visokim stupnjem vjerojatnosti može potvrditi da će biti sposoban redizajnirati brand, privući kupce, afirmirati se na tržištu i time se u budućnosti nametnuti kao ozbiljan konkurent sudionicima koncentracije.⁵⁹

2.2.2.5. Crown Jewels

Riječ je o preuzimanju obveze sudionika koncentracije prodaje druge, tržišno atraktivnije imovine od imovine koja je prvobitno u sporazumu definirana kao predmet prodaje. Ova se mjera provodi samo u slučaju da se prvobitno planirane transakcije prodaje dijela imovine sudionika koncentracije iz nekog razloga ne mogu realizirati. Drugačije rečeno, sudionici koncentracije, dakle unaprijed definiraju u sporazumu koji sklapaju s Komisijom koja će se imovina prodati kao zamjenska, ako ne uspiju realizirati planirane transakcije restrukturiranja njihova poslovanja. Tada je predmet prodaje neka druga, unaprijed definirana i kupcima redovito tržišno atraktivnija imovina od imovine koja je predmetom temeljnog sporazuma s Komisijom. U potonjem slučaju, umjesto sudionika koncentracije postupak prodaje provodi povjerenik, kojem je povjerena zadaća nadzora nad provedbom mjera, koji ima značajna diskrecijska prava kod sklapanja ugovora o prodaji sa potencijalnim kupcem.

Komisija neće prihvatiti preuzimanje ove obveze ako je imovina koja se nudi na prodaju, tržišno manje atraktivna te ako se iz izdvojene imovine neće moći razviti novi poduzetnik i novo poslovanje, koje će nakon prelaska u ruke novog vlasnika biti respektiran tržišni takmac sudionicima koncentracije. U tom smislu imovina koja je alternativni predmet prodaje mora biti tzv. *viable business*, rokovi i ostali modaliteti prodaje moraju biti unaprijed poznati i definirani i ona se mora moći brzo realizirati i mora biti jednako kvalitetno rješenje spornoga problema kao i mjera koju zamjenjuje razmatrana mjera.⁶⁰

2.2.2.6. Raskid veza s konkurentom

U pojedinim je slučajevima koncentracija sporni problem konkurencije moguće riješiti da se sudionici koncentracije, prodajom dionica ili udjela koje drže

⁵⁹ Vidi § 39-42 Obavijesti.

⁶⁰ Vidi COMP/M.1082 *Allianz/AGF*, 8.05.1998; COMP/M. 2337 *Nestle/ Ralston Purina*, 27.7.2001.

u konkurentskom poduzetniku, "povuku" iz vlasničke strukture u konkurentskom poduzetniku i tako izgube i pravni i faktički utjecaj na poduzetnika, koji je ranije bio pod njihovom kontrolom. Time poduzetnik, koji je prethodno bio pod njihovom kontrolom, postaje nezavisan u odnosu na sudionike koncentracije i njihov konkurent, a ne "partner", što je prethodno i bio prije preuzimanja strukturne obveze. U potonjem slučaju ne dolazi do invazivnih zahvata u imovinu sudionika koncentracije, kao što je to slučaj u većini drugih razmatranih mjera. Ovdje je riječ o uklanjanju eventualnog utjecaja sudionika koncentracije na konkurentskog poduzetnika, koje bi sudionicima koncentracije omogućavalo faktičnu ili pravnu „vlast“ nad njima.⁶¹

2.2.3. Klauzula o zabrani ponovnoga stjecanja udjela ili dionica u konkurentskom poduzetniku (non-reacquisition clause)

Sve bi razmatrane mjere bile bez pravnog učinka, kada bi se sudionicima koncentracije dopustilo da protekom određenog vremena ponovno dođu u posjed dionica ili imovine, koja je u sklopu procesa restrukturiranja njihova poslovanja prešla u vlasništvo novoga kupca. Naime, nedvojbeno je da bi sudionici koncentracije, da im je to dopušteno, iskoristili prvu priliku i "povratili prevlast nad imovinom ili poslovanjem" koju su otuđili u procesu restrukturiranja (strukturne mjere).

Kako se to ne bi u praksi i dogodilo, Komisija predviđa sigurnosne mjere u obliku implementacijskih klauzula. Jedna je od potonjih klauzula o zabrani ponovnog stjecanja udjela ili dionica u konkurentskom poduzetniku (*non-reacquisition clause*).⁶² Ona je dijelom sporazuma koji sudionici koncentracije sklapaju s Komisijom. Njome se sudionici koncentracije, obvezuju da neće u određenom roku poduzimati radnje koje će im neposredno ili posredno omogućiti ostvarivanje utjecaja na poduzetnika koji je prethodno bio pod njihovom kontrolom ili izložen njihovom utjecaju.

Ovakva se obveza obično izriče na rok od deset godina. Uzima se da je to vrijeme dostatno da kupac imovine može razviti poslovanje i oduprijeti se eventualnim pokušajima sudionika koncentracije da ponovno steknu prevlast nad dijelom poslovanja i/ili imovine koju su otuđili. Moguće je da Komisija razmatranu zabranu izrekne i na neko kraće vrijeme ili da je ukine i prije proteka roka od deset godina, ako se uvjeti na tržištu promjene u mjeri da postojanje takve zabrane više nije nužno radi očuvanja slobodnog tržišnog natjecanja.

61 Vidi IV/M.942 *VEBA/Degussa*, 3.12.1997; COMP/M 308 *Kali&Salz MdK/Treuhand*, 09.07.1998.

62 Vidi § 43 Obavijesti.

2.2.4. Mjere praćenja poslovanja kao uvjet za provedbu koncentracije u pravu tržišnog natjecanja Zajednice

Mjere praćenja poslovanja, jednako kao i prethodno razmatrane, strukturne mjere, obuhvaćaju široki raspon mogućih aktivnosti. Riječ je o heterogenoj grupi mjera s različitim karakteristikama, od tzv. „čistih“ mjera praćenja poslovanja do tzv. kvazi-mjera praćenja poslovanja odnosno mjera koje utječu na strukturu tržišta.⁶³ Went mjere praćenja poslovanja definira kao sve one mjere koje određuju ponašanje sudionika koncentracije u odnosu na ostale tržišne sudionike (konkurente, dobavljače i klijente).⁶⁴ Doktrina i praksa ih često određuju kao sve one mjere koje nisu strukturne.

Granica je često difuzna između mjera praćenja poslovanja i strukturnih. Nema jasnih razgraničenja. Podjelu je posebno teško odrediti i iz razloga što se mjere praćenja poslovanja rijetko propisuju kao samostalne mjere. Iako praksa Komisije preferira strukturne mjere, primjena mjera praćenja u praksi je ipak raširena. Mjere praćenja poslovanja će se uvijek odrediti kada Komisija smatra da će se njima ukloniti učinci za sprječavanje, ograničavanje odnosno narušavanje tržišnog natjecanja proizašlih iz koncentracije.⁶⁵ Opravdanost uporabe određenih mjera procjenjuje se od slučaja do slučaja. Ne postoji set mjera koje se uvijek određuju. Mjere moraju biti učinkovite i proporcionalne protukonkurentskom problemu koji će se u potpunosti ukloniti.

Mjere praćenja poslovanja zahtijevaju aktivno sudjelovanje poduzetnika obuhvaćenih koncentracijom kako bi se uklonili protukonkurentski problemi bez dubljeg zadiranja u tržišne strukture.⁶⁶ Komisija nameće mjere praćenja ponašanja u onim slučajevima kada želi pratiti odnosno nadzirati ponašanje sudionika uvjetno dopuštene koncentracije. U odluci se propisuje način na koji se sudionici koncentracije u budućnosti moraju ponašati ili se suzdržavati od njega. Pored toga što određuje vrstu mjera, Komisija utvrđuje i način na koji će pratiti, provode li ih sudionici koncentracije. Utvrđuju se na određeno vrijeme s time da se mogu ukinuti i prije isteka roka. Vremenski se period određuje ovisno o okolnostima slučaja.⁶⁷

Mjere praćenja poslovanja se, a za razliku od strukturnih mjera, u pravilu utvrđuju nakon provedbe koncentracije. Najčešće je riječ o mjerama kojima se osigurava pristup infrastrukturi, potrebnoj tehnologiji, mjerama kojima sudionici koncentracije ustupaju ili daju na korištenje prava intelektualnog vlasništva, ili raskidaju, ili se obvezuju da neće sklapati sporazume o ustupanju isključivih prava.⁶⁸

63 Ezrachi, A., Under (and Over) Prescribing of Behavioural Remedies, University of Oxford, Centre for Competition Law and Policy Working Paper, br. (L) 13/5., 2005.

64 Went, D., The Acceptability of Remedies under the EC Merger Regulation: Structural versus Behavioural, European Competition Law Review, vol. 27., br. 8/06., str. 2.

65 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 286.

66 Ezrachi, A., op. cit., str. 2.

67 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 70.

68 Papon, S., Structural v Behavioural Remedies in Merger Control: A Case to Case Analysis, European Competition Law Review, vol. 30., br. 1/09., str. 2.

Mjere praćenja poslovanja mogu se sastojati i od zahtjeva za određenim ponašanjem. Riječ je, o tzv. čistim mjerama ponašanja. Primjerice sudionici koncentracije se obvezuju da neće zlorabljivati svoj vladajući položaj nametanjem prekomjernih cijena. Međutim u ovakvim situacijama Komisija je iznimno oprezna. Zbog toga ih nikada ne propisuje kao samostalne mjere. Takve se mjere teško prate, odnosno ispituje njihova učinkovitost.⁶⁹

U pravilu, mjere praćenja poslovanja ne modificiraju strukturu tržišta, već samo postavljaju određena ograničenja u ponašanju. Zbog toga Papon navodi kako mjere praćenja poslovanja liječe simptome, a ne uzrok. Upravo se u tome očituje nedostatak pravne sigurnosti.⁷⁰ Mjere praćenja poslovanja mogu biti i kompleksnije od strukturnih mjera. Prilikom njihova određivanja pokušava se zamisliti kako bi se sudionici koncentracije ponašali kada ne bi bilo protukonkurentskih učinaka. Komisija često ne raspolaže sa svim informacijama za njihovo učinkovito propisivanje i implementiranje. Primjećuje se nedostatak odgovarajućih stručnjaka.⁷¹ Mjere praćenja se propisuju na dulji vremenski period. Zbog toga treba osigurati primjerenije mehanizme njihovog praćenja.

Mjere praćenja poslovanja određuju se samo u onim situacijama kada je jasno da će njihovi učinci biti izjednačeni sa strukturnim mjerama ili kada strukturne mjere nije moguće provesti. Kao primjer se može navesti strukturna mjera koja uključuje prodaju imovine sudionika koncentracije.⁷² Međutim, može nastati situacija u kojoj je nemoguće pronaći odgovarajućeg kupca. U koncentraciji *Boeing/McDonnell Douglas* mjeru restrukturiranja nije bilo moguće provesti. Nakon detaljnog ispitivanja tržišta, Komisija je zaključila kako pored Boeinga ne postoji niti jedan proizvođač teretnih aviona koji bi bio zainteresiran za kupnju Douglas Aircraft Company, trgovačku diviziju McDonnell Company.⁷³ U takvim se situacijama prelazi na mjere praćenja poslovanja, ali samo pod uvjetom da se mogu učinkovito implementirati i nadzirati. Komisija procjenjuje mogu li se mjerama praćenja poslovanja ostvariti identični učinci kao i u slučaju provođenja mjera restrukturiranja.⁷⁴

Mjere praćenja poslovanja su raznolike i kompleksne. Nije ih moguće eksplicitno i taksativno nabrojati. Doktrina i neobvezujući propisi Komisije navode primjere mogućih situacija.

69 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 69.

70 Papon, S., op. cit., str. 3.

71 Ibid., str. 4.

72 *Više Surgery or medicine?*, The use of behavioural remedies in merger control, *Frontier Economics*, rujan 2005., <http://www.frontier-economics.com/europe/en/publications/27/>.

73 Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, Roth, P.; Rose, V., (ur.), 6. izd., Oxford University Press, Oxford, str. 659.

74 Loc. cit.

3.1. Mjere kojima se omogućava pristup infrastrukturi i tehnologiji

U području telekomunikacijskih, energetske ili medijske djelatnosti koncentracije poduzetnika mogu otežati pristup potrebnoj infrastrukturi ili tehnologiji. U takvim okolnostima propisuju se mjere praćenja poslovanja. U velikom broju uvjetno dopuštenih koncentracija, Komisija je propisala mjere koje omogućuju trećim stranama po nediskriminacijskim i transparentnim uvjetima pristup ključnoj infrastrukturi, tehnologiji, patentima, *know-howu* i drugim pravima intelektualnog vlasništva.⁷⁵ Iz prakse Komisije vidi se kako su mjere najbrojnije u području telekomunikacijskih i energetske usluga, ali i u području medija.⁷⁶ Koncentracija utječe na strukturu tržišta stvarajući prepreke na mjerodavnom tržištu. Prisutan je strah da će sudionici koncentracije potencijalnim konkurentima zabraniti pristup komunikacijskim mrežama i uslugama. Pored tehničke neizvedivosti, tržišnim takmacima je izgradnja vlastite infrastrukture iznimno neekonomična i povezana s velikim troškovima. Spriječen im je ulazak na tržište.

Kako bi se uspostavila narušena ravnoteža, sudionici koncentracije obvezuju se omogućiti zainteresiranim konkurentima pristup i korištenje potrebne infrastrukture i tehnologije.⁷⁷ Ove se mjere određuju i zbog toga što se strukturnim mjerama ne bi se postigao očekivani rezultat u vidu postignute učinkovitosti. Zahvaljujući svojoj fleksibilnosti mjere praćenja poslovanja lakše se prilagođavaju svakodnevnim promjenama na tržištu.⁷⁸

Postoji veliki broj odluka u kojima je Komisija raspravljala o davanju na korištenje komunikacijskih mreža i elektroničke komunikacijske infrastrukture i povezane opreme. Takve se mjere određuju samo kada se vjeruje u njihovu učinkovitost, odnosno kada se otvara pristup tržištu.⁷⁹ U predmetu *Shell/DEA i BP/E.ON* Komisija je strahovala da bi koncentracijom dvaju nezavisnih proizvođača moglo doći do stvaranja kolektivnog vladajućega položaja na tržištu opskrbe etilenom. Pored ostalih mjera, Shell i DEA su se obvezali omogućiti nezavisnim dobavljačima etilena pristup Shellovim postrojenjima i cjevovodima zajedno sa svim pratećim pogodnostima na vremenski period od deset godina. Sastavni dio uvjeta i obveza predstavlja model sporazuma u kojem se detaljno propisuju posebni uvjeti pod kojima će se trećim stranama dopustiti pristup terminalnim postrojenjima.⁸⁰

U predmetima koji se odnose na telekomunikacijske usluge, određuju se mjere kojima je zajedničko dopustiti pristup ključnoj komunikacijskoj infrastrukturi. U tom kontekstu zanimljiv je predmet *Telia/Sonera*.⁸¹ U to vrijeme poduzetnik Telia bio je najveći pružatelj telekomunikacijskih usluga i usluga u području komercijalne

75 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 62.

76 Više: Cerovac, M., Postupak ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika: mjere koje mogu propisati antimonopolna tijela, Hrvatska pravna revija, br. 1/02., str. 79.

77 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 63.

78 Ezrachi, A., op. cit., str. 4.

79 Ibid., § 64.

80 COMP/M.2389 *Shell/DEA*, 20.12.2001.

81 COMP/M.2803 *Telia/Sonera*, 10.07.2002.

televizije, odnosno televizijskog programa uz nadoplatu (*pay TV*) u Švedskoj. Telia je kupio Soneru, najvećeg operatora mobilne telekomunikacije.⁸² Komisija je smatrala da predmetna koncentracija potiče ozbiljne sumnje o usklađenosti sa zajedničkim tržištem. Stranke su preuzele strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja. Posljednje su ovom kontekstu zanimljivije. Prema njima Telia se obvezala da neće diskriminirati svoje tržišne takmace na tržištu fiksne i mobilne telekomunikacije tako što će im omogućiti pristup svojim specifičnim uslugama u području elektroničke komunikacijske mreže i pripadajuće infrastrukture.⁸³ Slično u odluci *Telia/Telenor* pored strukturnih mjera sudionici su se obvezali dopustiti pristup lokalnoj petlji kako bi treće strane mogle pružati telekomunikacijske usluge krajnjim korisnicima.⁸⁴ Također u odluci *Vodafone Airtouch/Mannesmann*⁸⁵ sudionici koncentracije su se obvezali dopustiti trećim stranama po nediskriminacijskim uvjetima pristup njihovoj integriranoj telekomunikacijskoj mreži, a sve kako bi bili u mogućnosti pružati napredne mobilne usluge. Jasno je da, iako je ovdje riječ o mjeri praćenja poslovanja, ona utječe na strukturu tržišta. Komisija je mjeru propisala na period od tri godine smatrajući kako će to biti dostatno da tržišni takmaci izgrade vlastitu infrastrukturu.⁸⁶

U području energetskog tržišta česte su mjere kojima se nastoji omogućiti pristup kapacitetima energetskih objekata.⁸⁷ U odluci *EDF/EnBW* sudionici koncentracije su se obvezali dopustiti pristup postrojenjima za proizvodnju električne energije. U ovom predmetu Komisija se bojala da bi koncentracijom mogao ojačati vladajući položaj EDF-a na tržištu proizvodnje električne energije u Francuskoj. EDF se obvezao na vremenski period od pet godina omogućiti svim konkurentima pristup postrojenjima za proizvodnju i distribuciju električne energije.⁸⁸

Problem kod ovih mjera je što se one određuju unaprijed nepoznatom broju korisnika, za razliku od strukturnih mjera gdje je poznat identitet kupca. Zbog toga se kod njih može postaviti pitanje njihove učinkovitosti, odnosno na koji način se ona utvrđuje, odnosno je li ju uopće moguće utvrditi.

U području zračnog prijevoza putnika i tereta česte su mjere praćenja poslovanja. Riječ je o širokom rasponu mjera. Najčešće se poduzetnici obvezuju odustati od određenog broja *slotova* (vremenskog perioda koji je određenog dana dodijeljen zrakoplovu za kretanje u određenoj zračnoj luci), omogućiti svim zainteresiranim sklopanje sporazuma o komercijalnoj suradnji (tzv. *interlining* i *code share* sporazumi) s namjerom ponude frekventnijih letova, kao i zamrzavanje ili smanjivanje broja letova s ciljem novih ulazaka na tržište.⁸⁹

82 O strukturnim mjerama nametnutim u ovom predmetu vidi: Van Bael, I., Bellis, J., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Hag, 2005., str. 888.

83 COMP/M.2803 *Telia/Sonera*, 10.07.2002., § 138.

84 COMP/M.1439 *Telia/Telenor*, 13.10.1999.

85 COMP/M.1795 *Vodafone Airtouch/Mannesmann*, 12.04.2000.

86 Vidi § 60 predmeta *Vodafone Airtouch/Mannesmann*.

87 COMP/M.1853 *EDF/EnBW*, 07.02.2001., § 90 i dalje.

88 Vidi i COMP/M.2947 *Verbund/Energie Allianz*, 11.06.2003.

89 Vidi: IV/M.157 *Air France/Sabena*, 05.10.1992., IV/M.259 *British Airways/TAT*, 27.11.1992.,

Zanimljivi su slučajevi u području tržišta elektroničkih medija. Obveze uključuju široki spektar mjera. Najčešće se sudionici koncentracije obvezuju omogućiti zainteresiranim poduzetnicima pristup *pay TV* platformi i pratećim tehničkim uslugama. U koncentraciji Vivendi/Canal+/Seagram⁹⁰ Komisija se bojala da će koncentracija utjecati na tržište komercijalne televizije. Smatrala je da zbog toga što Canal+, koji je ujedno najveći operator *pay TV* usluga, posjeduje ekskluzivni pristup premijernim filmovima koje producira i kooproducira Universal, sudionici koncentracije će ojačati svoj vladajući položaj na tržištu *pay TV* usluga. Sudionici koncentracije predložili su paket mjera. Između ostalog obvezali su se dopustiti trećim stranama korištenje Universalove filmske produkcije po pravičnim i nediskriminacijskim uvjetima. Također su se sudionici obvezali da Canal+ neće posjedovati, tzv. *first window right*, odnosno pravo koje mu omogućava premijerno prikazivanje filmova. Komisija se obvezala ispitati mjere nakon proteka roka od tri godine imajući u vidu činjenicu da se tržište ubrzano razvija. Gotovo identična situacija bila je u predmetu *Newscorp/Telepiù* gdje je također bio sporan pristup *pay TV* platformi. Newscorp se obvezao sniziti prepreke ulasku tako što će potencijalnim konkurentima omogućiti pristup sadržaju, tehničkoj podršci i svim ostalim uslugama platforme.⁹¹ U predmetu *BskyB/KirschPay TV*⁹² Komisija se bojala da će stjecanje zajedničke kontrole BskyB nad KirschPayTV stvoriti ili ojačati KirschPayTV vladajući položaj. Usvojenim mjerama nastojalo se sniziti prepreke ulasku na tržište *pay TV* usluga odnosno, spriječiti prelijevanje vladajućeg položaja KirschPayTV s tržišta *pay TV* usluga na tržište digitalnih interaktivnih usluga. Zainteresiranim stranama se mora omogućiti pristup KirschPayTV tehničkoj platformi, ali i mogućnost korištenja njegove tehnologije na drugim platformama, kako bi ostali pružatelji digitalnih interaktivnih televizijskih usluga mogli ustrojiti vlastitu tehničku platformu i time konkurirati KirschPayTV.

3.2. Mjere kojima se ustupaju prava intelektualnog vlasništva

Poseban problem predstavljaju prava intelektualnog vlasništva. Ona su po svojoj prirodi isključiva. U slučajevima koncentracije mogu predstavljati veliku prepreku za nove ulaske. U tim okolnostima, obveza prema kojoj će sudionici koncentracije odustati od isključivih prava koja proizlaze iz prava intelektualnog vlasništva, može riješiti problem antikompetitivnosti.⁹³ U velikom broju predmeta u području medicinskih usluga javljale su se poteškoće vezane uz interoperabilnost opreme. U uvjetno dopuštenoj odluci *Siemens* poduzetnici su se obvezali dopustiti

IV/M.616 *Swissair/Sabena*, 20.07.1995., COMP/JV.19 *KLM/Alitalia*, 11.08.1999., COMP/M.2041 *United Airlines/US Airways*, 21.01.2001., COMP/M.3280 *Air France/KLM*, 11.02.2004., COMP/M.3770 *Lufthansa/Swiss*, 07.07.2005.

90 IV/M.2050 *Vivendi/Canal+/Seagram*, 13.10.2000.

91 COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, 02.04.2003.

92 COMP/JV.37 *Bsky B/KirschPayTV*, 21.03.2000.

93 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 65.

sve protokole i opremu dobavljačima u području njege kritičnih bolesnika.⁹⁴

U slučaju nastanka koncentracije javlja se bojazan da stranke neće imati motiva ustupati takmacima pravo na iskorištavanje izuma, znanja, žiga, uzorka ili modela. Mjerom, kojom se sudionici koncentracije obvezuju ustupiti trećim stranama licencije, minoriziraju se mogući strahovi. Takve se mjere posebno preferiraju u onim situacijama kada mjera restrukturiranja nije poželjna jer bi mogla utjecati na daljnja znanstvena istraživanja. U predmetu koncentracije *Monsanto*⁹⁵, koja se odnosila na koncentraciju farmaceutskih poduzetnika, javila se dvojba u moguće protukonkurentske učinke. Koncentracija je odobrena nakon što su se stranke obvezale ustupiti licenciju za iskorištavanje patentiranog lijeka zainteresiranim trećim stranama. Ista je situacija bila u predmetu *Axalto/Gemplus*⁹⁶ gdje su se poduzetnici između ostalog obvezali na zahtjev trećih strana sklopiti ugovor o licenciji patenta na period od deset godina. Obveze davatelja i stjecatelja licencije, kao i ugovorena naknada, moraju se jasno istaknuti. Kako bi se spriječilo prenošenje povjerljivih informacija u obvezama ti se podaci izuzimaju, kao što je broj licencija koje se koriste na nizvodnom tržištu.⁹⁷ Treba biti oprezan kako se ovom mjerom ne bi poticalo sklapanje nedopuštenih sporazuma.⁹⁸

Česta je situacija da nakon proteka vremena na koje je ugovor o licenciji sklopljen, stjecatelj licencije ne može ravnopravno konkurirati s davateljima licencije.⁹⁹ Zbog toga se u ugovor o licenciji unosi klauzula po kojoj se davatelj licencije obvezuje da se određeno vrijeme nakon prestanka ugovora o licenciji neće takmičiti s primateljem licencije. U predmetu koncentracije poduzetnika SEB i Moulinex¹⁰⁰, SEB se obvezao sklopiti ugovore o licenciji kojom stjecatelji stječu isključivo pravo iskorištavanja Moulinex robne marke za male kućanske aparate na vremenski period od pet godina. Također SEB se obvezao da nakon isteka ugovora o isključivoj licenciji, sljedeće tri godine neće distribuirati Moulinex proizvode kako bi stjecatelji licencije mogli postupno razvijati vlastitu robnu marku.

94 COMP/M.2861 *Siemens/Drägewerk*, 30.04.2003. Slično u odluci *GE/Instrumentarium* sudionici koncentracije, vodeći proizvođači medicinske opreme, pored strukturnih mjera obvezali su se omogućiti trećim stranama električno i mehaničko sučelje za monitore koji prate medicinsko stanje bolesnika kako bi ih mogli povezati s vlastitim opremom. COMP/M.3083 *GE/Instrumentarium*, 02.09.2003. Vidi: Jones, A., Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004., str. 985. i 986.

95 IV/M.1835 *Monsanto/Pharmacia & Upjohn*, 30.03.2000. Vidi i: IV/M.555 *Glaxo/Wellcome*, 28.02.1995., IV/M.737 *Ciba-Geigy/Sandoz*, 19.07.1996., IV/M.950 *Hoffman La Roche/Boehringer Mannheim*, 04.02.1998., IV/M.1403 *Astra/Zeneca*, 02.02.1999.

96 COMP/M.3998 *Axalto/Gemplus*, 19.05.2006.

97 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 65.

98 Papon, S., op. cit., str. 4.

99 Paas, K., *Non-structural Remedies in EU Merger Control*, *European Competition Law Review*, vol. 27., br. 5/06., str. 4.

100 COMP/M.2621 *SEB/Moulinex*, 11.11.2003. Vidi i COMP/M.3149 *Procter & Gamble/Wella*, 30.07.2003.

3.3. Mjere kojima se zahtijevaju promjene u postojećim ugovornim obvezama

Poduzetnici mogu sklapati sporazume o isključivoj kupnji, opskrbi ili distribuciji. U slučaju koncentracije tih poduzetnika zahvaljujući postojećim sporazumima ostalim tržišnim takmacima je otežan ili spriječen ulazak na tržište. Sporazumi imaju negativni utjecaj na postojeću tržišnu strukturu. Jedna od mjera kojom se može uspostaviti postojeća ravnoteža je raskinuti sporazume, odnosno skratiti vremenski period na koji su ugovoreni. Ova se mjera nikad ne određuje kao samostalna mjera. Uvijek je u kombinaciji s nekim drugim mjerama.¹⁰¹ U spomenutoj odluci *Newscorp/Telepiù* pored mjera kojima se omogućava pristup nužnoj infrastrukturi, Newscorp se obvezao izmijeniti postojeće isključive sporazume.¹⁰² U predmetu *Rohm and Haas/Morton*¹⁰³ sudionici koncentracije su se obvezali da neće sklapati sporazume o isključivoj distribuciji fotografskih filmova.¹⁰⁴ U predmetu *Boeing/McDonnell Douglas*, Boeng se obvezao da neće sklapati nove sporazume o isključivoj opskrbi, kao i da neće izvršavati postojeće.¹⁰⁵

U predmetu *Agfa-Gevaert/DuPont*¹⁰⁶ Komisija je utvrdila kako bi koncentracija mogla dovesti do vladajućeg položaja sudionika koncentracije na tržištu alata i opreme za razvijanje filmova (oprema za ofset ploče za tisak). Stranke nisu posjedovale visoke udjele na tržištu, ali su sklopile veliki broj sporazuma o isključivoj opskrbi i distribuciji. Sudionici sporazuma su nudili povoljne pakete klijentima koji su se obvezali isključivo od njih kupovati ploče za tisak. Pored toga sudionici koncentracije su sklopili sporazume o isključivoj distribuciji koje su se obvezali raskinuti.

3.4. Vertical firewalls

Jedna od mogućih mjera u primjerima vertikalnih koncentracija je određivanje, tzv. *vertical firewalls*. Koristi se i pojam „kineski zid“. Ova se mjera nikad ne propisuje kao samostalna mjera. Zanimljiva je u situacijama kada se koncentracijom povezuju proizvođač nekog proizvoda i distributer. U tim okolnostima proizvođač opskrbljuje distributera svojim proizvodima, ali i njegovog tržišnog takmaca. Kao

101 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 68.

102 COMP/M.2876 *Newscorp/Telepiù*, 02.04.2003., § 225.

103 IV/M.1467 *Rohm and Haas/Morton*, 19.04.1999.

104 IV/M.1467 *Rohm and Haas/Morton*, 19.04.1999., Annex I, § 5. Slično u predmetu *Pernod/Allied Domecq* sudionici koncentracije su se obvezali raskinuti sporazume o distribuciji s trećim stranama, COMP/M.3779 *Pernod Richard/Allied Domecq*, 24.06.2005. U predmetu *BT/ESAT* bila je riječ o distribuciji globalnih telekomunikacijskih proizvoda u Irskoj. Ideja je bila otvoriti tržište za nove ulaske. Jedna od mjera je uključivala pravo trećih strana raskinuti sporazume o isključivoj distribuciji i obvezu da se sporazumi o distribuciji neće obnavljati ili produživati, COMP/M. 1838 *BT/ESAT*, 27.03.2000. Vidi i IV/M.1571 *New Holland*, 28.10.1999.

105 IV/M.877 *Boeing/McDonnell Douglas*, 08.12.1997.

106 IV/M.986 *Agfa-Gevaert/Du Pont*, 11.02.1998.

posljedica toga dostupne su mu informacije o količini robe i vrsti proizvoda koje nabavlja takmac.¹⁰⁷ Zbog toga se određuje mjera kojom se zabranjuje razmjenjivanje povjerljivih podataka o aktivnostima takmaca među sudionicima koncentracije.¹⁰⁸ Međutim, riječ je o vrlo problematičnoj situaciji jer je iznimno teško spriječiti međusobnu komunikaciju.¹⁰⁹ Ideja je osigurati samostalnost više jedinica jednog poduzetnika i spriječiti razmjenu komercijalnih osjetljivih informacija. Međutim, jasno je kako će to biti iznimno teško jer je praktički nemoguće kontrolirati neformalna druženja zaposlenika i njihove međusobne razgovore.¹¹⁰

4. UVJETI POD KOJIMA SE MOGU IZMIJENITI MJERE

Na tržištu se neprestano mijenjaju okolnosti. Nužni su mehanizmi kojima će se dopustiti promjene u prihvaćenim uvjetima. Jedna od mogućnosti je u tekst obveza unijeti klauzulu (*review clause*) kojom će se omogućiti izmjene. To će biti neophodno ako se postojećim obvezama i mjerama ne mogu postići predviđeni rezultati. Tada će stranke predložiti izmjene ili će to učiniti Komisija nakon saslušanja stranaka.¹¹¹ Klauzulom se može predvidjeti mogućnost produženja rokova, izmjena ili zamjena predloženih mjera.¹¹²

Takve se klauzule najviše koriste u mjerama restrukturiranja. Budući da je riječ o kompleksnim ugovorima vremenski period za njihovo provođenje može biti prekratak. Sudionici koncentracije mogu uputiti zahtjev za produženjem roka. Komisija će prihvatiti zahtjev ako stranke pokažu kako su se promijenile okolnosti na koje one nisu mogle utjecati te se može očekivati kako će se produženjem roka postići obećano.¹¹³ Stranka mora pružiti dobar razlog zajedno s izvješćem povjerenika. Kod strukturnih mjera najčešće se traži produženje rokova. Promjene u sadržaju ili zahtjev za promjenom obveze vrlo su rijetki. Mjere restrukturiranja moraju se izvršiti u kratkom roku te je malo vjerojatno da su se okolnosti na tržištu toliko izmijenile.¹¹⁴ Upravo stoga, odobrenja za promjene i zamjene ne dopuštaju se.

Takve klauzule su prihvatljivije u mjerama praćenja poslovanja budući da se propisuju na višegodišnji rok. Promjene se moraju naznačiti konkretnim pokazateljima. Zahtjev se ne može uputiti odmah nakon usvajanja mjera. Nužan je određeni vremenski odmak. Uvijek se ispituje kakav je utjecaj mjera na ostale stranke, odnosno na koji će način izmijenjene mjere utjecati na stečena prava.¹¹⁵

107 Akšamović, D., Pravni režim za koncentracije poduzetnika u pravu tržišnog natjecanja EZ i Hrvatske s posebnim osvrtom na mjere restrukturiranja koncentracija i mjere praćenja ponašanja sudionika koncentracije, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 29., br. 2/08., str. 1055.

108 COMP/M.3099 *Areva/Urenco/ETC*, 06.10.2004., §§ 231-232.

109 Papon, S., op. cit., str. 13.

110 Paas, K., op. cit., str. 5.

111 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 75.

112 Lindsay, A., *The EC Merger Regulation: Substantive Issues*, Sweet & Maxwell, London, 2003., str. 483.

113 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 72.

114 Ibid., § 73.

115 Ibid., § 74.

5. POSTUPOVNA PITANJA

Postupak usvajanja obveza može se podijeliti na dvije razine. Uredba 139/04 ne regulira ta pitanja, već samo navodi kako se mogu propisati mjere i obveze kako bi se koncentracija uskladila sa zajedničkim tržištem.¹¹⁶ Opći sud EU u predmetu *easyJet* razlikuje prvu i drugu razinu postupka. Pored ostalog navodi kako Opći sud EU-a mora uzeti u obzir specifične okolnosti određivanja obveza na prvoj razini postupka od onih određenih na drugoj razini. Na prvoj razini postupka u postupnosti se uklanjaju, tzv. „ozbiljne sumnje“. Odnosno stranke moraju jasno pokazati kako su sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja u potpunosti uklonjene. Na drugoj razini postupka nastoji se spriječiti stvaranje i jačanje vladajućeg položaja¹¹⁷

5.1. Prva razina postupka

Komisija prijavu namjeravane koncentracije ispituje odmah po primitku. Prema članku 6. Uredbe, Komisija može odlukom zaključiti kako prijavljena koncentracija nije unutar polja primjene Uredbe, ili iako je unutar njenog polja primjene, ne potiče ozbiljne sumnje glede usklađenosti sa zajedničkim tržištem. U posljednjem slučaju Komisija će donijeti odluku kako se ne protivi prijavljenoj koncentraciji i proglasiti je usklađenom sa zajedničkim tržištem. U suprotnom pokrenut će postupak. Osim prethodnog Komisija može prije započinjanja postupka utvrditi kako će koncentracija biti u skladu sa zajedničkim tržištem ako je mišljenja da će predložene obveze i mjere omogućiti stavljanje koncentracije u okvire zajedničkog tržišta.¹¹⁸

Stranke mogu prije prijave koncentracije predložiti mjere restrukturiranja ili/i mjere praćenja poslovanja ako je eventualni problem sa stajališta tržišnog natjecanja lako uočljiv. U toj fazi stranke su motivirane predložiti obveze jer će izbjeći dubinsko ispitivanje na drugoj razini postupka koje provodi Komisija. U interesu im je čim prije provesti koncentraciju.¹¹⁹ Propisani su vremenski rokovi. U ovoj fazi postupka poduzetnici imaju rok od najviše 20 radnih dana od datuma primitka prijave.¹²⁰ Komisija ima malo vremena ispitati sva relevantna tržišta i pronaći odgovarajuće povrede. Od datuma primitka prijave Komisija ima rok od 25 radnih dana donijeti odluku. Međutim, ako su se poduzetnici ponudili da će preuzeti mjere i obveze prema članku 6. stavak 2. Uredbe, tada se rok produžava na 35 radnih dana.¹²¹

Kako bi se sudionicima koncentracije pomoglo u sastavljanju mjera, Obavijest navodi obvezne elemente koji su sastavni dio obveza. U njima se moraju precizirati materijalni i postupovni aspekti mjera kao i svi relevantni podaci zajedno s potpisom

116 Čl. 6. st. 2. i čl. 8. st. 2.

117 T-177/04 *easyJet protiv Komisije*, (2006) ECR II-1931, § 129.

118 Uredba Vijeća 139/04, čl. 6.

119 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 288.

120 Commission Regulation (EC) No 802/2004 of 21 April 2004 implementing Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings, OJ L 133, 30.4.2004., str. 1-55. (dalje: Uredba Komisije 802/2004), čl. 19. st. 1.

121 Ibid., čl. 10., st. 1.

ovlaštene osobe.¹²² U ponudi obveza poduzetnici će naznačiti koje su informacije povjerljive te dostaviti verziju bez njih.¹²³ Prijedlog će proučiti Komisija koja će se konzultirati s nadležnim tijelima država članica, zainteresiranim trećim stranama, kao i ukoliko se javi potreba s predstavnicima zaposlenika. Tijekom cijelog postupka treba osigurati transparentnost i mogućnost komunikacije i savjetovanja između nadležnih tijela država članica i zainteresiranih trećih strana.

Ako predmetni poduzetnici mijenjaju prijavljenu koncentraciju nudeći da će preuzeti obveze u cilju njenog usklađivanja sa zajedničkim tržištem, Komisija će proglasiti koncentraciju u njenom izmijenjenom obliku, usklađenom sa zajedničkim tržištem. Preuzete obveze trebaju biti razmjerne problemu tržišnog natjecanja i u potpunosti ga eliminirati.¹²⁴ Ako ne zahtijevaju dubinsku analizu predložene obveze će se prihvatiti. Postojanje problema je jasno pri čemu će ga predložena mjera ukloniti. Obveze usvojene na prvoj razini postupka trebale bi ukloniti bilo kakve prijetnje slobodi tržišnog natjecanja. Zbog toga moraju sadržavati jasan i neposredan odgovor na eventualne sumnje.¹²⁵ Iznimno je važno pravodobno podnijeti potpun prijedlog obveze. Ako na temelju podnesenih podataka, Komisija zaključi kako predložene obveze uklanjaju dvojbe oko kršenja prava tržišnog natjecanja, dopustit će koncentraciju.

Iako su stranke predložile određene mjere i uvjete, Komisija može tijekom svojeg detaljnog ispitivanja utvrditi kako ne postoje nikakve sumnje u kršenje pravila tržišnog natjecanja na bilo kojem tržištu. O tome će ih obavijestiti i zanemariti predložene obveze.¹²⁶ Ako nakon ispitivanja Komisija zaključi kako predložene mjere ne uklanjaju ozbiljne sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja usvojiti će odluku u skladu s člankom 6. stavak 1. Uredbe i započeti postupak.

5.2. Druga razina postupka

Nakon započetog postupka Komisija će obavijestiti stranke kako predložena koncentracija može utjecati na tržišno natjecanje na određenom tržištu. Tada stranke mogu predložiti određene obveze. Ako sudionicima koncentracije nije toliko važno čim prije koncentraciju provesti, druga razina postupka im može biti zanimljivija. U tom postupku Komisija u dogovoru sa strankama može usvojiti preciznije mjere usmjerene na specifične probleme. Za razliku od prve razine postupka Komisija ima više vremena za odabir odgovarajuće mjere. Čak može prihvatiti mjere koje je na prvoj razini odbila.¹²⁷ Naravno uvijek je prisutna opasnost da nakon detaljnih analiza Komisija nametne strože mjere. Procjena je na sudionicima koncentracije.

¹²² Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 79.

¹²³ Uredba Komisije 802/2004, čl. 20.

¹²⁴ Uredba Vijeća 139/04, preambula, alineja 30.

¹²⁵ T-119/02 *Royal Philips Electronics NV protiv Komisije*, (2003) ECR II-1433, § 79 i dalje.

¹²⁶ Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 84.

¹²⁷ To je bio slučaj s predmetom COMP/M.3431 *Sonco/Ahlstrom/JV*, 06.10.2004. gdje je Komisija nakon istraživanja tržišta usvojila mjere restrukturiranja koje je odbacila na prvoj razini postupka. Vidi Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 289.

Važno je napomenuti kako Komisija sama ne može predložiti mjere, već to mogu učiniti isključivo sudionici koncentracije. Nakon toga Komisija će procijeniti jesu li predložene obveze proporcionalne eventualnoj prijetnji tržišnog natjecanja. Uvijek se mora imati u vidu činjenicu kako mjere moraju ponovo uspostaviti narušenu ravnotežu u tržišnim odnosima, odnosno eliminirati stvaranje i jačanje vladajućeg položaja. Komisija neće nikada prihvatiti obveze na temelju prijedloga stranaka ako nije uvjerena da će se njima ukloniti eventualne prijetnje tržišnom natjecanju.¹²⁸

Ako Komisija prema članku 8. stavku 2. Uredbe utvrdi kako, nakon izmjena koje predlažu predmetni poduzetnici koncentracija je u skladu sa zajedničkim tržištem, usvojiti će odluku. Obveze se dostavljaju Komisiji unutar roka od najviše 65 radnih dana od datuma početka postupka. Ako se prema članku 10. stavku 3. produžuju rokovi, tada se i rok za usvajanje konačne odluke produžuje.¹²⁹ Rokovi variraju ovisno o trenutku u kojem su obveze dostavljene.¹³⁰

Iznimno, Komisija može uz predočenje posebnih razloga prihvatiti predložene obveze i nakon isteka roka. Tako je primjerice u predmetu *Telia/Telenor* Komisija usvojila mjere tjedan dana nakon isteka roka jer je za njihovo usvajanje bilo potrebno konzultirati nacionalne parlamente. Suprotno u odluci *Airtours/First Choice*¹³¹ Komisija nije dopustila podnošenje obveza nakon proteka roka jer sudionici koncentracije nisu ukazali na postojanje nikakvih izvanrednih okolnosti.

Ako ne postoje posebni razlozi Komisija neće prihvatiti obveze. Međutim u odluci *EDP* navela je da iako ne prihvaća prijedloge nakon predviđenog roka, iznimno ih može prihvatiti uz kumulativno ispunjenje dvaju uvjeta: prvi, da predložene obveze jasno i bez dodatnog ispitivanja rješavaju eventualne sumnje u kršenje prava tržišnog natjecanja i drugi, da države članice imaju dostatno vremena za međusobno konzultiranje.¹³²

Obveze usvojene na drugoj razini postupka moraju sadržavati identične podatke kao i one usvojene na prvoj razini postupka. Prijedloge će ispitati Komisija.

¹²⁸ Ibid., str. 304.

¹²⁹ Čl. 10. st. 3. glasi: „Ne dovodeći u pitanje čl. 8. st. 7., odluke iz čl. 8. st. 1. do 3. u vezi s prijavljenim koncentracijama donose se u roku od najviše 90 radnih dana od datuma pokretanja postupka. To razdoblje produžava se na 105 radnih dana ako predmetni poduzetnici ponude da će preuzeti obveze u skladu sa čl. 8. st. 2. drugim podstavkom, u cilju usklađivanja koncentracije sa zajedničkim tržištem, osim ako je preuzimanje obveza ponuđeno manje od 55 radnih dana nakon pokretanja postupka.

Rokovi utvrđeni u prvom podstavku također se produžavaju ako stranke koje prijavljuju koncentraciju podnesu odgovarajući zahtjev najkasnije 15 radnih dana nakon pokretanja postupka u skladu sa čl. 6. st. 1. toč. (c). Takav zahtjev stranke mogu podnijeti samo jedanput. Na isti način, Komisija može u bilo koje vrijeme nakon pokretanja postupka, u suglasnosti sa strankama koje prijavljuju koncentraciju, produžiti rokove utvrđene u prvom podstavku. Ukupno trajanje svih eventualnih produžetaka iz ovog podstavka ne smije premašiti 20 radnih dana.“

¹³⁰ Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 89.

¹³¹ IV/M.1524 *Airtours/First Choice*, 05.05.1999.

¹³² T-87/05 EDP, § 163.

Ako Komisija utvrdi kako se s prijedlozima uklanjaju ozbiljne sumnje, usvojiti će odluku o uvjetno dopuštenoj koncentraciji. Suprotno, ako se nakon ispitivanja utvrdi kako predložene obveze ne uklanjaju prijetnje tržišnom natjecanju, stranke će se upoznati o tomu.¹³³

Kako bi se sudionicima koncentracije olakšalo sastavljanje mjera, ali i osigurala konzistentnost i transparentnost u odlučivanju, Komisija je izdala dva dokumenta: model teksta za predlaganje strukturnih obveza i model teksta za imenovanje nadzornog povjerenika i povjerenika za strukturna pitanja.¹³⁴ Predstavljaju skupljena i oblikovana iskustva Komisije. Namjera je „pokriti“ sve relevantne situacije koje bi se u preuzimanju obveza ili imenovanju povjerenika mogle pojaviti. Propisi nisu obvezujući, već samo predstavljaju popis svih elemenata koji se moraju naći u predloženim obvezama.¹³⁵ S vremenom oni će se mijenjati i nadopunjavati prateći promjene u odlučivanju Komisije. Jamči se poštivanje proceduralnih pitanja i eliminira mogućnost ispuštanja bitnih elemenata. Komisija tekst prijedloga obveza uspoređuje s model tekstom. U slučaju odstupanja, stranke moraju na njih upozoriti i objasniti razloge. Taj im je postupak olakšan budući da je na stranicama Komisije dostupan model tekst za eventualna odstupanja.¹³⁶

6. UVJETI ZA PROVEDBU MJERA

Kako bi se osigurala učinkovita i pravodobna implementacija mjera predviđaju se sigurnosni mehanizmi. Implementacijske klauzule su sastavni dio obveza. Komisija u Obavijesti predlaže posebne uvjete za njihovu učinkovitost. Posebice se to odnosi na strukturne mjere.¹³⁷ Ono što će se u nastavku govoriti o strukturnim mjerama na odgovarajući način se primjenjuje i na druge mjere.¹³⁸

U roku u kojem su se stranke i Komisija dogovorile mora se provesti postupak provođenja strukturalnih mjera. U praksi Komisije razlikuju se dvije faze. Prva faza obuhvaća period u kojem stranke same pronalaze odgovarajućeg kupca (*first divestiture period*) i ukoliko stranke ne pronađu kupca, na period u kojem povjerenik za restrukturiranje dobiva mandat za prodaju poslovanja (*trustee divestiture period*).¹³⁹

U prvom periodu za restrukturiranje stranke same upravljaju postupkom. Iako su u ovoj fazi stranke samostalne, doktrina smatra kako bi i u ovoj fazi bilo korisno postaviti minimalne standarde kako bi se potencijalni kupci na vrijeme

133 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 91-93.

134 Best Practice Guidelines: The Commission's Model Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, 02.05.2003., http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf.

135 Ibid., § 2.

136 Cook, J., Kerse, C., op. cit., bilj. 13., str. 281.

137 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 97-116.

138 Ibid., § 128.

139 Ibid., § 97.

upoznali sa svim podacima o poduzetnicima koji će se restrukturirati.¹⁴⁰ Ukoliko poduzetnici sami ne pronađu odgovarajućeg kupca, prelazi se na tzv. drugi period u kojem povjerenik za restrukturiranje dobiva mandat za prodaju.¹⁴¹ Postupak će biti uspješniji što su rokovi kraći.¹⁴² Najčešće je riječ o roku od šest mjeseci za prvi strukturni period i ukoliko se javi potreba, dodatnih tri mjeseca za mandat povjerenika. Za završetak transakcija propisan je rok od sljedeća tri mjeseca. To se može modificirati od slučaja do slučaja. Od dana usvajanja odluke započinje teći rok za restrukturiranje.¹⁴³ Bitno je maksimalno skratiti rokove kako bi se jamčila pravna sigurnost.

Ako i sudionici pronađu odgovarajućeg kupca, on mora dobiti potvrdu od Komisije. Ukoliko su se stranke ili povjerenik s kupcem sporazumjeli, Komisiji se dostavlja prijedlog prodaje.¹⁴⁴ U ispitivanju podobnosti kupca Komisija se vodi načelom učinkovitosti. U procjenjivanju će uzeti u obzir podneske stranaka i mišljenje povjerenika. Uzet će u obzir i rasprave s predloženim kupcem. Kupac mora biti prihvatljiv, odnosno ne smije stvoriti probleme s gledišta tržišnog natjecanja. Komisija posebno i detaljno ispituje ima li kupac na raspolaganju dostatna financijska sredstva kao i posjeduje li odgovarajuće stručno znanje za održavanje postojeće djelatnosti.¹⁴⁵ Ispituje se hoće li transakcija utjecati na tržišno natjecanje. Ako je rezultat transakcije koncentracija od značaja za cijelu Zajednicu, potrebno ju je prijaviti sukladno pravilima Uredbe. U suprotnom, odluka Komisije odnosno potvrda kupca od strane Komisije neće utjecati na nadzor koncentracija od strane nacionalnih tijela za zaštitu tržišnog natjecanja. Komisija će uvijek ispitati je li prodaja u skladu s predloženim obvezama. Obavijestit će stranke o svojem mišljenju i ovisno o tome donijeti odluku je li prodaju moguće provesti.

U tzv. privremenom prijelaznom periodu, odnosno vremenu između usvajanja odluke Komisije i završetka postupka restrukturiranja, stranke imaju određene obveze.¹⁴⁶ Propisuju se postupci na koji način će se sačuvati održivost poslovanja kao i konkretni koraci za sam postupak razdvajanja.

Stranke moraju poduzeti sve što je u njihovoj moći kako ne bi došlo do umanjivanja kompetitivnosti poduzetnika koji se restrukturira. U mjerama je nužno jamčiti neovisnost, ekonomsku održivost i kompetitivnost poslovanja. Posebice se to odnosi na održanje fiksne imovine, *know how*, povjerljivih trgovačkih informacija, kao i pitanja tehničke i trgovačke sposobnosti zaposlenika. Poslovanje onog dijela poslovanja koje se odvaja mora se jasno razdvojiti. Na imovinu koja se restrukturira vodeće strukture poduzetnika ne smiju utjecati. U tom smislu Komisija predlaže imenovanje posebne osobe (*hold-separate manager*) pod nadzorom povjerenika.

140 Vidi Merger Remedies Study, supra bilj. 16.

141 Bellamy & Child, op. cit., str. 732.

142 Vidjeti Berg, W., Lipstein, R., The Revised Merger Remedies Notice – Some Comments, European Competition Law Review, vol. 30., br. 6/09., str. 4.

143 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008, §§ 98 i 99.

144 Ibid., § 101.

145 Vidi Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 301. i 302. i Lindsay, A., op. cit., str. 472. i dalje.

146 Vidi § 113 zajedno s § 36 Obavijesti Komisije o mjerama iz 2008.

Osoba mora posjedovati odgovarajuće vještine. Idealno bi bilo imenovati osobu zaposlenu u onom dijelu poduzetnika koji se restrukturira i koji će dalje razvijati njegovo poslovanje kao nezavisnog tržišnog sudionika. *Hold separate manager* se imenuje za vrijeme druge razine postupka restrukturiranja. Predstavlja produženu ruku Komisije i povjerenika za restrukturiranje.¹⁴⁷

U svakoj fazi postupka potencijalne kupce treba obavješćivati o komercijalnoj vrijednosti poduzetnika, kao i samom tijeku pregovora. Postupak restrukturiranja će biti završen u trenutku prijenosa pravnog naslova i imovine potvrđenom kupcu. Sudionici koncentracije podnose završno izvješće.¹⁴⁸

7. NADZORNI POVJERENIK I POVJERENIK ZA RESTRUKTURIRANJE

Strukturne mjere i mjere praćenja poslovanja provode se kroz dulji vremenski period. Zbog toga je važno osigurati kontinuirani i učinkoviti nadzor. Što je mjera složenija, to ju je potrebno više i dulje nadzirati.¹⁴⁹ Ovaj zahtjev osobito dolazi do izražaja u primjerima mjera praćenja poslovanja. Strukturne mjere se u pravilu provode odmah nakon usvajanja mjera i ne zahtijevaju kasniji nadzor. Za razliku od njih, mjere praćenja traže kontinuirani nadzor i posebne alate. Moguće ih je na različite načine tumačiti i samim time su podložene manipulacijama. Kako bi se to izbjeglo imenuje se nadzorni povjerenik i propisuje se arbitražni postupak u slučaju eventualnih sporova.¹⁵⁰ Obavijest gotovo ništa ne govori o načinu i obliku arbitražnog postupka. Cook i Kerse kritiziraju Komisiju koja u tom smislu ne pruža dovoljno objašnjenja.¹⁵¹

Komisija ne može svakodnevno nadzirati provedbu mjera. Zbog toga stranke predlažu povjerenika koji će pratiti njihovu provedbu. Imenuje se nezavisna osoba koja će pratiti ispunjavanje obveza, odnosno u segmentu strukturnih mjera pronalaženje odgovarajućeg kupca.¹⁵² Time se osigurava učinkovitost i sigurnost modifikacije koncentracije. Komisija je izdala model teksta u kojem detaljno propisuje njegova prava i obveze.¹⁵³ Povjerenik se imenuje u roku od tjedan dana od usvajanja odluke Komisije.¹⁵⁴ Nadzor će obavljati pod paskom Komisije koja mu može uputiti naredbe i instrukcije. Strankama će predložiti bilo koje mjere za koje smatra da su nužne za izvršenje zadatka. S druge strane, stranke bez odobrenja

147 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 299.

148 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 116.

149 Berg, W., Lipstein, R., op. cit., str. 2.

150 Vidi Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., str. 26.

151 Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 308.

152 Bellamy and Child, op. cit., str. 732.

153 Standard Model for Trustee Mandate, § 35-41. U prilogu je i primjer teksta s klauzulama koje bi se u tekstu trebale naći. Naravno da je riječ o modelu koji ne obvezuje. Sudionicima se dodatno olakšava definiranje njegovih prava i obveza.

154 Standard Model for Divestiture Commitments, odjeljak E.

Komisije nisu ovlaštene davati nikakve upute povjereniku.

U mjerama se navode zadaci nadzornog povjerenika. Obveza mu je pružiti točne i potpune informacije svim zainteresiranim stranama.¹⁵⁵ U radnom planu detaljno se razrađuju njegova prava i obveze. Obavijest Komisije nabraja zadatke povjerenika. Lista nije iscrpna, te se kao primjer navodi kako povjerenik nadzire mjere osiguranja u prijelaznom razdoblju, postupak razdvajanja poslovanja, kao i zalaganje sudionika koncentracije u pronalaženju odgovarajućeg kupca. Povjerenik je kontakt osoba za sva sporna pitanja predstavlja kontakt osobu i detaljno izvješćuje Komisiju o svemu.¹⁵⁶

Dakle, nadzorni povjerenik se uvijek imenuje. Za razliku od njega, ako su se stranke obvezale na mjere restrukturiranja i na prvoj razini postupka nisu uspjele pronaći odgovarajućeg kupca, imenuje se povjerenik za restrukturiranje. Imenovanje se vrši najkasnije u roku od mjesec dana prije završetka perioda restrukturiranja.¹⁵⁷ Ima ovlast završiti proces restrukturiranja, odnosno prodati imovinu po cijeni koja ne smije biti niža od propisanog minimuma.

Ovisno o obvezama nadzorni povjerenik može i ne mora biti ista osoba kao povjerenik za restrukturiranje. Odmah nakon usvajanja odluke stranke predlažu Komisiji nekoliko povjerenika zajedno s planom poslovanja. Nadzorni povjerenik neposredno odgovara Komisiji. Ovisno od slučaja do slučaja Komisija uzima u obzir potrebne kvalifikacije pazeći na geografsko područje i granu gospodarstva na koje bi koncentracija mogla utjecati. Na mjesto povjerenika imenuju se investicijske banke, osiguravajuća društva, konzultacijske i računovodstvene tvrtke.¹⁵⁸ Ključna je neovisnost, odnosno činjenica da povjerenik nije kapitalno ili osobno povezan sa sudionicima koncentracije.¹⁵⁹ Komisiji se dostavljaju podaci o njegovoj nepristranosti. Nakon završetka postupka razrješuje ga dužnosti. Za svoj rad dobiva naknadu koja mu mora omogućiti nezavisnost i učinkovitost.¹⁶⁰

U cilju maksimalne učinkovitosti i nadzora provedbe predloženih obveza, Komisija može od sudionika koncentracije u periodu od deset godina nakon usvajanja odluke zatražiti potrebne informacije.¹⁶¹

8. STRUKTURNE MJERE I MJERE PRAĆENJA POSLOVANJA U HRVATSKOM PRAVU TRŽIŠNOG NATJECANJA

Izricanje mjera sudionicima koncentracije u hrvatskom pravu tržišnog natjecanja uređeno je trenutno važećim Zakonom o zaštiti tržišnog natjecanja iz

155 Vidi De Valois Turk, M., The EC's Revised Remedies notice – the Trustee's Perspective, *European Competition Law Review*, vol. 30., br. 7/09., str. 5.

156 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 119.

157 Standard Model for Divestiture Commitments, odjeljak E.

158 Bellamy & Child, op. cit., str. 665.

159 Akšamović, D., op. cit., str. 1059.

160 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §§ 123-127.

161 Ibid., § 128.

2003.¹⁶² Uputno je konzultirati i pravno neobvezujući akt čiji je donositelj Agencija za zaštitu tržišnog natjecanja, Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, u kojem se detaljnije razglaba o vrstama mjera, institutu povjerenika i drugim relevantnim pitanjima.¹⁶³

Izricanje mjera prvenstveno je vezano uz donošenje rješenja kojim se koncentracija poduzetnika ocjenjuje uvjetno dopuštenom.¹⁶⁴ To je redovita i najčešća situacija kada će mjere u praksi biti izricane. Sam pojam uvjetno dopuštene koncentracije pretpostavlja obvezu ispunjenja određenih mjera. U suprotnome, ako mjere neće biti ispunjene, može doći do ukidanja, odnosno izmjene rješenja o dopuštenosti koncentracije. Osim toga, mjere će biti izrečene i ako dođe do provedbe nedopuštene koncentracije, bilo da je: (a) koncentracija provedena unatoč zabrani ili (b) koncentracija nije ni bila prijavljena Agenciji.¹⁶⁵ Konačno, do izricanja (novih) mjera doći će i prilikom ukidanja, odnosno izmjene ranijeg rješenja o dopuštenosti koncentracije.¹⁶⁶ Svakako, odredba o mogućem izricanju privremene mjere primjenjiva je i na predmete koncentracija poduzetnika.¹⁶⁷

162 Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja, NN 122/2003. Raniji Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 1995. (NN 48/95., 52/1997.) nije izričito poznao institut uvjetno dopuštene koncentracije, pa nije bila regulirana ni mogućnost izricanja mjera. Izricanje mjera bilo je predviđeno samo za slučaj kada bude utvrđeno da je već provedena koncentracija protivna Zakonu. U tom slučaju Agencija rješenjem određuje mjere za uklanjanje ograničenja tržišnog natjecanja nastalog koncentracijom (čl. 36. st. 2.). Mjera zabrane daljnje provedbe koncentracije izricala se u slučaju nedozvoljene koncentracije (čl. 36. st. 1.). Izmjenama i dopunama Zakona iz 1998. (NN 89/1998.) unesena je u zakon mogućnost izricanja mjera (čl. 36a. st. 1.: „Kada radnje narušavanja slobodnoga tržišnog natjecanja prijete nastankom izravnoga štetnog učinka za poduzetnike, odnosno pojedina područja gospodarstva ili interese potrošača, ravnatelj Agencije može u tijeku postupka rješenjem odrediti obustavu takvih postupanja, ispunjenje posebnih uvjeta ili druge mjere potrebne za uklanjanje štetnog učinka narušavanja tržišnog natjecanja.“, čl. 36a. st. 2.: „U rješenju kojim se određuje mjera iz stavka 1. ovoga članka, odredit će se i njeno trajanje.“). Usprkos tomu što ZZTN iz 1995. nije poznao institut uvjetno odobrenih koncentracija, Agencija je u svojoj praksi odobravala koncentracije uz izricanje mjera praćenja provedbe koncentracije (vidi, primjerice, predmet *Tvornica duhana Zagreb/Tvornica duhana Rovinj* gdje je Agencija dopustila koncentraciju, ali i odredila niz mjera praćenja poslovanja, rješenje Agencije objavljeno u NN 155/98).

163 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika iz 2004. (posebice 9.1.2.-9.1.6., www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm). Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti horizontalnih koncentracija poduzetnika iz 2005. (www.aztn.hr/uredbe_vlade.htm) ne raspravlja o pitanju izricanja mjera.

164 ZZTN 2003., čl. 26., st. 3.-5., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.3. Usp. ZZTN 2009., čl. 22., st. 4.-8.

165 ZZTN 2003., čl. 28., Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.5. Usp. ZZTN 2009., čl. 24.

166 ZZTN 2009., čl. 23. st. 1. i 2. (ukidanje rješenja; usp. ZZTN 2003., čl. 27., st. 1.) i čl. 23. st. 3. (izmjena rješenja; usp. ZZTN 2003., čl. 27., st. 2.). Instituti ukidanja, odnosno izmjene rješenja preciznije su uređeni novim Zakonom iz 2009. Novina je da se izričito određuje da će se u odluci o ukidanju rješenja sudionicima koncentracije odrediti i mjere za ponovnu uspostavu učinkovitog tržišnog natjecanja, odnosno da će se u izmijenjenom rješenju odrediti nove mjere za ponovnu uspostavu učinkovitog tržišnog natjecanja.

167 ZZTN 2003., čl. 55. Usp. ZZTN 2009., čl. 51. Primjer situacije kada bi bila izrečena privremena

8.1. Novine temeljem Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. godine

Kada je riječ o izricanju mjera kod uvjetno dopuštenih koncentracija, treba istaknuti da novi Zakon o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2009. koji će stupiti na snagu 1. listopada 2010. donosi nekoliko novina koje znače usklađivanje zakona s pravnom stečevinom Unije, ali i normiranje *de lege lata* prethodne prakse Agencije koja je određene pravne praznine u domaćim propisima ispunjavala pozivanjem na pravnu stečevinu Unije. Kao prvo, prema novom Zakonu podnositelj prijave za ocjenu koncentracije mora sam predložiti odgovarajuće mjere kojima bi se trebali otkloniti negativni učinci koncentracije.¹⁶⁸ Agencija taj prijedlog može prihvatiti, u cijelosti ili djelomično, ali može i sama odrediti mjere koje smatra prikladnima.¹⁶⁹ Takva izričita obveza podnositelja prijave nije postojala prema Zakonu iz 2003. što nije ometalo Agenciju da u svojoj praksi, pozivajući se na „rješenja komparativnog prava, napose prava EU“, prije donošenja rješenja pozove sudionike koncentracije da sami predlože mjere kojima bi se otklonili negativni učinci koncentracije.¹⁷⁰ Ako sudionici ne bi u ostavljenom roku dostavili prijedlog mjera ili ako bi Agencija ocijenila da njihov prijedlog nije prihvatljiv, sama bi odredila odgovarajuće mjere u rješenju kojim ocjenjuje koncentraciju uvjetno dopuštenom.¹⁷¹ Sada je ovo pitanje izričito regulirano novim Zakonom, pa više neće biti potrebe za interpretativnim pozivanjem na pravnu stečevinu Unije.

Kao drugo, novim je Zakonom određeno da sudionici koncentracije mogu poduzimati radnje radi provedbe koncentracije već od dana dostave rješenja o uvjetno dopuštenoj koncentraciji.¹⁷² Za razliku od Zakona iz 2003. koji je određivao da sudionici koncentracije mogu, „u pravilu“, nastaviti radnje radi provedbe koncentracije tek nakon što ispune mjere iz rješenja o uvjetnom dopuštanju koncentracije, „osim ako Agencija iz naročito opravdanih razloga ne utvrdi drukčije“. ¹⁷³

Treba očekivati da će Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija iz 2004. biti izmijenjen nakon što Zakon iz 2009. stupi na snagu.

mjera u kontekstu koncentracija jest zabrana daljnjeg stjecanja udjela, odnosno dionica ako Agencija ocijeni da bi daljnje stjecanje dovelo do zabranjene koncentracije koja vodi stvaranju prepreka za pristup tržištu. Vidi Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.6. Iz prakse Agencije vidi rješenje o privremenoj mjeri od 16. travnja 1999. kojim je Tvornici duhana Rovinj d.d. bilo zabranjeno svako daljnje, a najduže na rok od godine dana, stjecanje dionica Tvornice duhana Zadar d.d., klasa UP/I-030-02/99-01/44.

168 Čl. 22. st. 4. ZZTN 2009. (NN 79/2009). Mjere se mogu predložiti ne samo nakon što Agencija dostavi obavijest podnositelju prijave o tome da se koncentracija može dopustiti samo uz ispunjavanje određenih mjera i uvjeta, već i ranije pa i u samoj prijavi. Vidi čl. 22. st. 4. i 5.

169 ZZTN 2009., čl. 22., st. 6. Usp. § 6 Obavijesti Komisije o mjerama iz 2008. gdje se napominje da Komisija ne može jednostrano nametati mjere sudionicima koncentracije. Vidi i supra, bilj. 18.

170 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija poduzetnika, 9.1.3., str. 53.

171 Ibid.

172 ZZTN 2009., čl. 22., st. 8.

173 ZZTN 2003., čl. 26., st. 5.

Međutim, Naputak bi prvenstveno trebalo mijenjati zbog promjena u propisima Unije koji se odnose na nadzor koncentracija poduzetnika (*inter alia*, Uredba Vijeća 139/2004, Uredba Komisije 802/2004, Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Ipak ostaje izvjesno da će u svojoj praksi Agencija nastaviti s primjenom važećih pravila iz pravne stečevine Unije za što pravni temelj čine čl. 70. Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Unije i Hrvatske,¹⁷⁴ odnosno čl. 35. st. 3. Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003.¹⁷⁵

8.2. Izricanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj i drugoj razini

U hrvatskom i europskom pravu tržišnog natjecanja postoji razlika s obzirom na to mogu li se mjere izricati već u postupku koji se vodi na prvoj razini ili samo u postupku koji se vodi na drugoj razini. U Europskoj uniji do 1997. mjere su mogle biti određene samo u postupcima koji su se vodili na drugoj razini.¹⁷⁶ Prema danas važećem propisu (Uredba Vijeća 139/2004) mjere se mogu izricati u postupcima koji se vode i na prvoj i na drugoj razini.¹⁷⁷

Iz Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja iz 2003. nije sasvim jasno mogu li se mjere izricati već u postupku koji se vodi na prvoj razini. Iako to izričito nije uređeno, može se raspravljati o tomu da bi to ipak bilo moguće već na prvoj razini postupka. Naime, koncentracija se smatra dopuštenom ako Agencija „na temelju pravovaljanih dokaza dostavljenih uz prijavu koncentracije,... te na temelju drugih raspoloživih podataka i saznanja, utvrdi da se može razumno pretpostaviti da provedba prijavljene koncentracije nije zabranjena“.¹⁷⁸ Po svoj bi prilici ova odredba obuhvaćala i situaciju kada bi već prilikom prijave koncentracije prijavitelj, želeći preduhitriti moguće primjedbe Agencije o negativnim učincima koncentracije, predložio određene mjere. S druge strane, jasno je da Zakon izričito govori o određivanju mjera kada se postupak vodi na drugoj razini, tj. kada se smatra da bi „provedba koncentracije mogla imati za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišnog natjecanja“. Stoga će u rješenju, kojim se koncentracija ocjenjuje uvjetno dopuštenom, „odrediti mjere, uvjete te rokove njihova ispunjenja, kako koncentracija ne bi imala za posljedicu značajno sprječavanje, ograničavanje

174 Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Republike Hrvatske i Europskih zajednica i njihovih država članica, Narodne novine Međunarodni ugovori, broj 14/01.

175 Usp. čl. 74. ZZTN iz 2009.

176 To je promijenjeno donošenjem izmjena i dopuna Uredbe 4064/1989 Uredbom Vijeća 1310/97, OJ L 180, 9.7.1997., str. 1-6.

177 Pravni temelj za prihvatanje mjera na prvoj razini postupka je čl. 6. st. 2., a na drugoj razini postupka čl. 8. st. 2. Uredbe Vijeća 139/2004. Od 1990. do danas dvije trećine predmeta u kojima je donesena odluka o uvjetnom dopuštanju koncentracije (dakle, u kojima su izrečene mjere) odnose se na postupke koji su vođeni na prvoj razini. Tako Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 279. Oko 90 % predmeta odlučениh na prvoj razini bezuvjetna su dopuštenja koncentracija, a oko 5 % su dopuštenja uz određivanje mjera. Tako Bellamy & Child, op. cit., str. 710.

178 Čl. 26. st. 1. ZZTN 2003.

ili narušavanje tržišnog natjecanja¹⁷⁹. Čini se da i novi Zakon iz 2009. uvjetuje određivanje mjera pokretanjem postupka ocjene koncentracije.¹⁸⁰ Novina je jedino da podnositelj prijave može predložiti mjere i prije pokretanja postupka za ocjenu koncentracije, pa i u samoj prijavi namjere koncentracije.¹⁸¹

Dakle, treba naglasiti da pravnog temelja za izricanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj razini nema ni u Zakonu iz 2003., ni u Zakonu iz 2009. Iako se ovakva situacija do sada nije pojavila u praksi, ne možemo smatrati nemogućim rješenje po kojem bi se mjere mogle dogovoriti već u prvoj fazi postupka. Kako je temeljem Uredbe Vijeća 139/2004 moguće određivanje mjera u postupku koji se vodi na prvoj razini, čini se da bi širokim tumačenjem Zakona o zaštiti tržišnog natjecanja to bilo moguće i u hrvatskom pravu. Ako se strogo pridržavamo slova zakona, smatrat ćemo da u postupku na prvoj razini nije moguće odrediti mjere zbog toga što se mjere izriču (samo) ako postoji sumnja u negativne učinke koncentracije. U takvom slučaju treba pokrenuti postupak za ocjenu koncentracije na drugoj razini. Međutim, širim tumačenjem u smislu cilja koji se želi postići tim odredbama te pridržavajući se načela ekonomičnosti postupka, kao i uzimajući u obzir pravnu stečevinu Unije, Zakon je čini se moguće šire interpretirati tako da bi bilo moguće već u odluci donesenoj u prvoj razini postupka izreći mjere i proglasiti koncentraciju dopuštenom ako se time otklanjaju sve sumnje u negativne učinke koncentracije. Naravno, bilo bi bolje da postoji izričita zakonska odredba u tom smislu.

8.3. Analiza prakse Agencije na području koncentracija i primjena Zakona iz 2003. godine

Kao što je već istaknuto, Zakonom iz 2003. uvedeno je odlučivanje o koncentracijama na dvije razine.¹⁸² Budući da se mjere određuju u svezi s koncentracijom o kojima se odlučuje na drugoj razini, te u kojima se donosi rješenje o uvjetnom dopuštanju koncentracije, potrebno je analizirati odluke Agencije glede koncentracija koje su uvjetno dopuštene. Takvih je odluka (u kojima se odlučivalo na drugoj razini postupka) ukupno trinaest,¹⁸³ a u šest odluka izrečene

179 Čl. 26. st. 3. i 4. ZZTN 2003.

180 Čl. 22. st. 1., 4. ZZTN 2009.

181 Čl. 22. st. 5. ZZTN 2009.

182 Navodi se da je Agencija i temeljem Zakona iz 1995. u praksi provodila ocjenu koncentracija „kroz dvije faze“.

183 *Konzum/Japetić*, rješenje Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja (dalje: AZTN) od 19. veljače 2004., NN 28/2004; *Phoenix/Medifarm-Velebit*, rješenje AZTN od 19. veljače 2004., NN 32/2004; *Konzum/Mediator*, rješenje AZTN od 22. srpnja 2004., NN 121/2004; *EPH/Slobodna Dalmacija*, rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., NN 111/2004; *I. Granić/EPH/Veltrade/Adris grupa (Distri-Press)*, rješenje AZTN od 12. siječnja 2005., NN 11/2005; *Agrokor/PIK Vrbovec*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Agrokor/Belje*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Styria Media International et al.*, rješenje AZTN od 09. svibnja 2006., NN 61/2006; *Koncern Agram*, rješenje AZTN-a od 14. lipnja 2006., NN 81/2006; *Agrokor/Tisak*, rješenje AZTN-a od 15. ožujka 2007., NN 37/2007; *Slobodna Dalmacija/Šibenski list*, rješenje AZTN-a od 9. studenog 2007., NN 129/2007; *Konzum/Lokica*, rješenja

su mjere, tj. u šest odluka riječ je o uvjetno dopuštenoj koncentraciji.¹⁸⁴ Od toga je u dva predmeta nastavak provedbe koncentracije uvjetovan ispunjenjem (nekih) mjera.¹⁸⁵ U posljednjem riješenom predmetu Agencija je tijekom postupka pozvala sudionike koncentracije da predlože sami mjere te je sama definirala ciljeve mjera.¹⁸⁶ U nekoliko predmeta Agencija je imenovala nepristranu osobu za nadgledanje provedbe mjera.¹⁸⁷

Iz prakse Agencije vidljiva su neka opća načela koja se odnose na ciljeve kojima ispunjenje mjera treba težiti, kao i kakve mjere trebaju biti kako bi ostvarile te ciljeve. Prvo, opće je pravilo da Agencija provedbom mjera želi otkloniti negativne učinke koncentracije. Drugo, ako je moguće, teži se odrediti one mjere koje su najmanje otegotne za sudionike koncentracije, uvažavajući pritom i njihove prijedloge.¹⁸⁸ Treće, sudionike koncentracije poziva se da sami predlože mjere, čime im se omogućava prijedlog mjera koje su za njih najmanje otegotne.¹⁸⁹ Četvrto, mjere moraju biti provedive, lako izvršive u relativno kratkim rokovima te u skladu s načelom razmjernosti.¹⁹⁰ Peto, mjere moraju biti one kojima bi se u najvećoj

AZTN-a od 30. prosinca 2008., NN 14/2009., 25. svibnja 2009., NN 76/2009, 30. prosinca 2009., NN 14/2010; *MOL/INA*, rješenje AZTN-a od 9. lipnja 2009., NN 113/2009.

184 *EPH/Slobodna Dalmacija*, rješenje AZTN od 27. srpnja 2004., NN 111/2004; *I. Granić/EPH/Veltrade/Adris grupa (Distri-Press)*, rješenje AZTN-a od 12. siječnja 2005., NN 11/2005; *Agrokor/PIK Vrbovec*, rješenje AZTN-a od 28. prosinca 2005., NN 09/2006; *Agrokor/Tisak*, rješenje AZTN-a od 15. ožujka 2007., NN 37/2007; *Konzum/Lokica*, rješenja AZTN-a od 30. prosinca 2008., NN 14/2009., 25. svibnja 2009., NN 76/2009, 30. prosinca 2009., NN 14/2010; *MOL/INA*, rješenje AZTN-a od 9. lipnja 2009., NN 113/2009.

185 *EPH/Slobodna Dalmacija; Distri-Press*.

186 *MOL/INA* – sudionici koncentracije predložili su tri alternativne mjere između kojih je Agencija odabrala onu koju je smatrala najprikladnijom s obzirom na ispunjenje ciljeva koje je definirala. Iz ovoga je vidljiv napredak prakse u smislu usklađivanja s pravilima EU, ali i nagovještaj novog Zakona iz 2009. prema kojem sami sudionici koncentracije trebaju predložiti mjere koje smatraju odgovarajućima (vidi čl. 22., st. 4. ZZTN 2009.)

187 U ranijoj praksi takvu osobu naziva se revizorom (*Agrokor/PIK Vrbovec* – prvi put određivanje neovisne osobe koja nadgleda ispunjenje mjera; *Agrokor/Tisak; Konzum/Lokica*), a u kasnijoj povjerenikom (*MOL/INA*).

188 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

189 *Konzum/Lokica*. Usp. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 6 (Komisija ne može jednostrano nametnuti mjere, izrečene mjere temelje se na obvezama i uvjetima koje su predložili sami sudionici koncentracije, ali ako Komisija smatra da prijedlozi stranaka neće otkloniti negativne učinke koncentracije, usvojiti će odluku kojom zabranjuje koncentraciju.)

190 *Konzum/Lokica*. „Valja imati na umu da je temeljno načelo prava tržišnog natjecanja da tijelo za zaštitu tržišnog natjecanja između mogućih strukturnih mjera koje, s obzirom na podatke kojima raspolaže i provedene analize, ocjenjuje odgovarajućim u trenutku donošenja rješenja, mora izabrati one koje su proporcionalne utvrđenim mogućim učincima na tržišno natjecanje, a da su istovremeno za poduzetnika najmanje otegotne, te relativno lako i brzo izvršive.“ (*Konzum/Lokica*, rješenje AZTN od 30. prosinca 2009., NN 14/2010.) U konkretnom slučaju Agencija je zbog promijenjenih okolnosti nakon donošenja rješenja o uvjetnom dopuštenju koncentracije „za koje objektivno nisu znale ni stranke, ni Agencija ili su se one pojavile kasnije“ odlučila izmijeniti tada izrečene mjere („zamjenske“ strukturne mjere moraju biti „lakše i relativno brzo izvršive“, ne smiju biti „nepotrebno i pretjerano otegotne za stranku“, a njima se treba „u bitnom i u potpunosti“ ostvarivati „svrha koju su imale prvotno utvrđene mjere.“)

mogućoj mjeri otklonili negativni učinci na tržišno natjecanje i interese potrošača na hrvatskom tržištu.¹⁹¹ Šesto, mjere moraju biti sveobuhvatne i učinkovite, te implementirane u kratkom roku kako bi se ponovno uspostavilo učinkovito tržišno natjecanje, odnosno osiguralo njegovo jačanje.¹⁹² Ovo je u skladu s europskim pravilima kojima se traži da mjere moraju biti razmjerne cilju potpune eliminacije negativnih učinaka na tržišno natjecanje čije je postojanje utvrđeno u postupku,¹⁹³ moraju biti sveobuhvatne i učinkovite, može ih se provesti u kratkom roku,¹⁹⁴ riječ je o dovoljno sigurnom rješenju koje je praktično, učinkovito i trajno,¹⁹⁵ moguće je nadzirati njihovo ispunjenje.¹⁹⁶

8.4. Ne daje se prednost strukturnim mjerama

Budući da je Uredba Vijeća 139/2004 o nadzoru koncentracija usmjerena na očuvanje konkurentske tržišne strukture, Komisija daje jasnu prednost strukturnim mjerama u odnosu na ostale mjere.¹⁹⁷ Takav stav nije izričito jasan iz hrvatskih propisa, iako Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija navodi da su strukturne mjere „puno učinkovitije sa stanovišta uklanjanja negativnih učinaka koncentracije na tržišno natjecanje“.¹⁹⁸

Iako nije uvijek sasvim moguće precizno razgraničiti strukturne od nestrukturnih mjera, analizom prakse Agencije može se zaključiti da mjere koje se odnose na ponašanje poduzetnika pretežu u odnosu na strukturne mjere, iz čega proizlazi da bi Agencija davala prednost nestrukturnim mjerama. Od strukturnih mjera izrečene su ukupno tri: otuđivanje udjela u trgovačkom društvu,¹⁹⁹ prodaja trgovačkog društva²⁰⁰ i prodaja maloprodajnih trgovina.²⁰¹ Od mjera ponašanja (praćenja poslovanja) izricane su različite mjere: vezano uz ugovore koji su na snazi (zabrana raskida ugovora,²⁰² obveza prethodnog izvješćivanja Agencije o namjeri raskida ugovora,²⁰³ obveza održavanja na snazi ugovora s dobavljačima,²⁰⁴ obveza

191 *MOL/INA*.

192 *MOL/INA*.

193 Uredba Vijeća 139/2004, alineja 30 preambule. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §9. Vidi i predmet C-202/06 P *Cementbouw Handel protiv Komisije*, (2006) ECR II-319, § 52-54.

194 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., §9.

195 *Ibid.*, §10-11.

196 *Ibid.*, §13-14.

197 Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 17. Vidi detaljnije kod Cook, J., Kerse, C., op. cit., str. 283-287. Kao jedan od razloga za preferiranje strukturnih mjera navode teškoće oko praćenja ispunjavanja mjera.

198 Naputak u svezi s postupkom ocjene dopuštenosti koncentracija, 9.1.3.2.(ii).

199 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

200 *MOL/INA*.

201 *Agrokor/PIK Vrbovec; Konzum/Lokica*.

202 *EPH/Slobodna Dalmacija*.

203 *Distri-Press*.

204 *Agrokor/Tisak; Konzum/Lokica; MOL/INA*.

održavanja na snazi ugovora s kupcima,²⁰⁵ obveza daljnjeg omogućavanja zakupa skladišnih kapaciteta,²⁰⁶ zabrana diskriminacije u općim uvjetima poslovanja²⁰⁷; vezano uz društveni ugovor (*inter alia*, zabrana razmjene konkurentski osjetljivih podataka);²⁰⁸ zabrana prenamjene prodavaonica;²⁰⁹ zabrana ponovne kupnje trgovačkog društva,²¹⁰ obveza ponude u maloprodaji u određenom postotku supstituta koje proizvode konkurenti;²¹¹ zabrana prodaje proizvoda privatnih marki²¹² i zabrana otvaranja novih maloprodajnih mjesta.²¹³

8.5. Dodatni uvjeti uz strukturne mjere

Uz provedbu strukturne mjere prodaje društva kćeri sudionika koncentracije određuju se i dodatni uvjeti koje treba ispuniti kako bi se osigurala uspješna provedba strukturne mjere: do ispunjenja strukturne mjere sudionici koncentracije ne smiju štetiti poduzeću koje treba “divestirati“, sudionici koncentracije dužni su smanjiti na minimum svaki mogući rizik gubitka potencijala konkurentnosti djelatnosti koja se namjerava prodati te moraju nastojati održati gospodarsku održivost, utrživost i konkurentnost te djelatnosti.²¹⁴ Ovo je u skladu s pravnom stečevinom Unije.²¹⁵

8.6. Rokovi za provedbu mjera

Rokovi za provedbu mjera nisu određeni Zakonom. Iz prakse je vidljivo da će u nekim slučajevima zbog okolnosti koje nastupe nakon donošenja odluke o uvjetnom odobravanju koncentracije biti potrebno produljiti rokove. Tako je u predmetu *Konzum/Lokica* naknadnim rješenjem izmijenjeno rješenje o uvjetnom odobrenju koncentracije tako da je udovoljeno zahtjevu Konzuma za produljenjem rokova za ispunjenje mjera (prvotno određeni rok za prodaju određenih trgovina bio je šest mjeseci od dana dostave rješenja).²¹⁶ Naime, zbog gospodarske krize, te drugih razloga (npr. neriješeni vlasničko-pravni odnosi) Konzum nije uspio u početno određenim rokovima prodati trgovine.

205 *Agrokor/PIK Vrbovec*.

206 *MOL/INA*.

207 *Distri-Press*.

208 *EPH/Slobodna Dalmacija*. Međutim, vidi supra bilj. 109 glede pitanja koliko je teško spriječiti komunikaciju između konkurenata koji su sudionici koncentracije nakon što koncentracija bude provedena.

209 *Agrokor/Tisak*.

210 *MOL/INA*. Sudionicima koncentracije i njihovim povezanim poduzetnicima zabranjuje se ponovna kupnja poduzetnika Crobenz d.d. i to za razdoblje od pet godina od dana dostave rješenja o uvjetnom odobravanju koncentracije. Usp. Obavijest Komisije o mjerama iz 2008., § 43 gdje se kao uobičajeni rok trajanja mjere navodi deset godina.

211 *Agrokor/PIK Vrbovec; Agrokor/Tisak*.

212 *Agrokor/Tisak* (zabrana prodaje privatnih Konzumovih marki).

213 *MOL/INA* (zabrana otvaranja novih benzinskih postaja).

214 *MOL/INA*.

215 Vidi Obavijest o mjerama iz 2008., §§ 107-112.

216 *Konzum/Lokica*, rješenje AZTN od 25. svibnja 2009., NN 76/2009.

U predmetu *MOL/INA* određen je rok od devet mjeseci za prodaju Crobenza. Agencija takav relativno kratak rok obrazlaže time što su, „s obzirom na visoke poslije-koncentracijske udjele“, sudionici sami trebali pretpostaviti da će biti određene strukturne mjere, te su se trebali sami pripremiti na takvu mogućnost i sami predložiti eventualnu prodaju Crobenz-a po mogućnosti unaprijed poznatom kupcu u skladu s „njima nedvojbeno poznatom poredbenom praksom Europske komisije“.

Ovakvo postupanje u skladu je s pravnom stečevinom Unije i praksom Komisije koja u pravilu određuje rok od šest mjeseci za prodaju poduzeća, uz odobravanje dodatnog roka od tri do šest mjeseci. Naravno, rokovi variraju od slučaja do slučaja.²¹⁷

8.7. Odabir najprikladnije mjere

Kada je riječ o odabiru strukturne mjere koja se smatra najprikladnijom u smislu otklanjanja negativnih učinaka koncentracije, praksa Agencije nudi određena rješenja koja se može propitivati s obzirom na to je li ispunjeno načelo razmjernosti. Usprkos vrlo problematičnoj koncentraciji kojom se jača postojeći vladajući položaj sudionika koncentracije, u predmetu *MOL/INA* Agencija se odlučila zadovoljiti obvezom prodaje slabijeg, manjeg društva kćeri (Crobenz) i uvažiti argumente sudionika koncentracije da bi prodaja uspješnijeg društva kćeri (Tifon)²¹⁸ mogla imati „negativan učinak na razvoj kombinirane MOL-INA maloprodajne mreže te ... ugroziti program poboljšanja kvalitete maloprodaje u INA“, što bi sve „moglo imati negativne učinke na poslovnu strategiju koju MOL sustavno razvija“. Usprkos tomu što koncentracijom MOL/INA dolazi do jačanja već postojećeg snažnog vladajućeg položaja na mjerodavnom tržištu Agencija je prihvatila gledišta sudionika koncentracije, navodeći ponešto kontradiktorno da je „sa stajališta hrvatskog potrošača bolje zadržavanje Tifona u vlasništvu MOL-a“ zbog toga što je MOL naveo da planira „program značajnih poboljšanja“ koji bi „po uzoru i uz korištenje iskustava razvijenih u Tifonu“ proveli „na benzinskim postajama INA-e“.²¹⁹ Ako su mjere, koje se izriču u odluci o uvjetno dopuštenoj koncentraciji, namijenjene

217 Komisija navodi da u oko 30 % predmeta u kojima se odredi kao mjera prodaja poduzeća dolazi do produljenja roka. Vidi *Merger Remedies Study*, supra bilj. 16.

218 Tifon, prema navodima MOL-a „... posjeduje vrhunske lokacije i značajan operativni i uslužni know-how, što ga čini vodećim pružateljem kvalitetne usluge pod cijenjenim hrvatskim brendom“.

219 Agencija navodi da je, s obzirom na teritorijalnu zastupljenost poduzetnika Crobenz i njegove mogućnosti za rast, riječ o poduzetniku čijom će se prodajom jačati tržišno natjecanje i povećati konkurencija na hrvatskom tržištu trgovine na malo naftnim derivatima. Također Agencija navodi da, iako je riječ o relativno malom broju benzinskih postaja, s obzirom na njihovu opremljenost i položaj, iskustvo i znanje... one mogu vrlo brzo, samostalno ili ako ih preuzme netko od postojećih poduzetnika, ili čak i poduzetnik koji ne djeluje u RH ostvariti cilj smanjivanja negativnih učinaka koncentracije (ukupno 14, „dobro raspoređenih“ postaja u RH).

otklanjanju negativnih učinaka koncentracije, u konkretnom slučaju daljnjem povećavanju tržišne snage MOL/INA-e u maloprodaji naftnih derivata, neobično je tvrditi da će zadržavanjem Tifona profitirati potrošači jer će doći do poboljšavanja kvalitete na benzinskim postajama INA-e. Potrošači zasigurno neće imati koristi od jačanja vladajućeg položaja nakon provedbe koncentracije, kojeg se u većoj mjeri moglo umanjiti „divestiranjem“ uspješnijeg i većeg društva kćeri, što bi čini se u značajnijoj mjeri otklonilo negativne učinke koncentracije.

Iako je jasno da tijelo koje ocjenjuje dopuštenost koncentracije ima široku marginu diskrecije prilikom odlučivanja o mjerama, postavlja se pitanje je li ovdje u potpunosti poštovano načelo razmjernosti. Kao što je već rečeno, temeljno je načelo da mjere trebaju biti razmjerne otklanjanju negativnih učinaka koncentracije. Pozivanje na korist za potrošače koja će se ostvariti time što se sudionicima koncentracije daje zeleno svjetlo za mjeru koja će omogućiti značajnije jačanje vladajućeg položaja nakon provedbe koncentracije u usporedbi s primjenom alternativne, za sudionike koncentracije „otegotnije“ mjere dovodi u sumnju je li u konkretnom slučaju određena prikladna mjera.²²⁰

8.8. Podobnost kupca kod primjene strukturnih mjera

Pitanje podobnosti kupca društva kćeri koje se „divestira“ po prvi se puta pojavilo u predmetu *MOL/INA*. Kao što je *supra* već navedeno, europska pravila traže da je riječ o poduzetniku koji će moći, nakon provedbe koncentracije, učinkovito konkurirati poduzetniku nastalom koncentracijom, da je riječ o pravnoj ili fizičkoj osobi koja je neovisna od sudionika koncentracije, koja je financijski stabilna i jaka, te koja ima znanja, mogućnosti i potrebitu stručnost održati i razvijati preuzeto poslovanje. Agencija je 4. svibnja 2010. donijela odluku prema kojoj ne prihvaća prijedlog MOL-a da kupac Crobenza d.d. bude slovački Croatian Petrol Stations a.s. jer je riječ o poduzetniku koji nema zaposlenika te ne obavlja djelatnost trgovine naftnim derivatima, da je njegovo društvo majka društvo registrirano na Cipru koje se primarno bavi investicijskim i financijskim poslovanjem, te da financijsko stanje tog slovačkog poduzetnika Vijeće za zaštitu tržišnog natjecanja nije moglo sa sigurnošću utvrditi.²²¹

²²⁰ Usp. *supra*, bilj. 26, odluku Komisije u predmetu *SCA/Metsä Tissue* (COMP/M. 2097) u kojoj je koncentracija zabranjena unatoč tome što su sudionici koncentracije bili spremni prodati dio imovine zajedno s nekim brandovima, a u kojem je pored jačanja vladajućeg položaja sporno bilo to da potencijalni kupac, s obzirom na uhodane kanale distribucije i jak tržišni položaj sudionika koncentracije na mjerodavnom tržištu, ne bi imao šanse učinkovito konkurirati poduzetniku koji je nastao koncentracijom.

²²¹ Priopćenje za medije s 40. sjednice Vijeća za zaštitu tržišnog natjecanja, <http://www.aztn.hr/press.asp>.

9. ZAKLJUČAK

Učinkovit nadzor koncentracija poduzetnika podrazumijeva detektiranje onih koncentracija koje imaju negativne učinke na tržišno natjecanje. Takve koncentracije ipak mogu biti dopuštene ako sudionici koncentracije pristanu na ispunjenje određenih mjera, uvjeta i obveza koji otklanjaju negativne učinke koncentracije. U radu su analizirana europska pravila i praksa Komisije i sudova u području prava tržišnog natjecanja, kao i hrvatska pravila i novija praksu Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja. Time je dan jasan uvid u stanje prava tržišnog natjecanja u EU i Hrvatskoj glede strukturnih mjera i mjera praćenja poslovanja.

U tom smislu, posebno se ispituje u kojoj su mjeri hrvatski propisi usklađeni s pravnom stečevinom Unije, te u kojoj mjeri praksa Agencije za zaštitu tržišnog natjecanja prati najnovije izmjene u europskim propisima (Obavijest Komisije o mjerama iz 2008.). Može se uočiti „usklađivanja kroz praksu“, tj. primjena kriterija iz prava tržišnog natjecanja Unije u pojedinačnim odlukama Agencije bez obzira što pojedina pravna pitanja nisu uređena važećim domaćim propisima. Ovakvo stanje interpretativnog usklađivanja kroz praksu, koje je karakteristično za razdoblje prije punopravnog članstva Hrvatske u Europskoj uniji, vjerojatno se neće značajnije promijeniti niti nakon ulaska u članstvo, iako će se tada propisi Unije primjenjivati izravno, temeljem načela izravnog učinka, dok se do tada pravila Unije „ne primjenjuju kao izravni izvor prava“, već samo kao „pomoćno sredstvo za tumačenje“.

Summary

STRUCTURAL AND BEHAVIOURAL MEASURES AS A CONDITION FOR IMPLEMENTATION OF CONCENTRATIONS IN THE EUROPEAN AND CROATIAN COMPETITION LAW

The efficient control of concentrations between undertakings implies detection of concentrations that have negative effects on competition. However, such concentrations can be cleared if concentration parties accept to satisfy certain measures, conditions and obligations that eliminate negative concentration effects. The article contains the analysis of European rules and practice of the Commission and courts in the field of competition law. The outcome of the analysis is a clear insight in present state of competition rights in EU and Croatia in regard to structural and behavioural measures. Having this in mind, special attention is given to assessment of compliances of Croatian rules with the *acquis communautaire*. Furthermore, the authors scrutinise practice of the Croatian Competition Agency to find out whether the Agency has applied the most recent amendments of the European regulations (Commission Notice on remedies from 2008). The tendency “to harmonize in practice” has been discovered as a tendency to directly implement criteria from European Union competition law in certain Agency decisions regardless of the fact that certain legal questions are not resolved within the national regulations currently in force. The present situation concerning interpretative harmonisation in practice, which is specific for the period before Croatia becomes a full EU member, should probably not significantly change even after the full membership takes its effect, although, at that point, European regulations will be implemented directly according to the principle of direct effect. The changes are to be expected when Croatian bodies start to implement the rules of the Union “as a direct legal source” rather than “a subsidiary interpretative means”.

Key words: *Competition law, concentrations between undertakings, structural measures, behavioural measures, Croatian Competition Agency.*

Zusammenfassung

STRUKTURELLE MASSNAHMEN UND VERHALTENSORIENTIERTE LÖSUNGEN ALS BEDINGUNG FÜR DIE DURCHFÜHRUNG VON ZUSAMMENSCHLÜSSEN IM EUROPÄISCHEN UND KROATISCHEN WETTBEWERBSRECHT

Wirksame Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen beinhaltet auch die Entdeckung solcher Zusammenschlüsse, die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen. Diese können als zugelassen bewertet werden, insofern die Beteiligten an einem Zusammenschluss damit einverstanden sind, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, bzw. Bedingungen und Verpflichtungen zu erfüllen um die negative Wirkung des Zusammenschlusses zu beseitigen. Diese Arbeit analysiert europäische Regeln und die Praxis der Kommission und Gerichten im Bereich des Wettbewerbsrechts, wie auch kroatische Regeln und die Praxis der kroatischen Wettbewerbsbehörde. Somit wird ein klarer Einblick in das Wettbewerbsrecht sowohl in der EU, als auch in Kroatien in Bezug auf strukturelle Maßnahmen und verhaltensorientierte Lösungen, gegeben. Insbesondere wird geprüft, in welchem Maße kroatische Vorschriften mit der EU-Gesetzgebung in Einklang sind und inwieweit die kroatische Wettbewerbsbehörde mit den neusten Änderungen der europäischen Vorschriften Schritt hält (Mitteilung der Kommission über die Maßnahmen aus dem Jahr 2008). Bemerkbar wird ein Trend der „Angleichung durch Praxis“, bzw. der unmittelbaren Umsetzung der im Wettbewerbsrecht anwendbaren Kriterien in den jeweiligen Entscheidungen der Wettbewerbsbehörde ungeachtet der Tatsache, dass einige strittige Punkte noch nicht in den nationalen Vorschriften gelöst worden sind. Solche interpretative Angleichung durch Praxis ist kennzeichnend für die Vorbeitrittszeit, allerdings wird sich dies auch nach dem EU-Beitritt Kroatiens kaum ändern. Nach dem Beitritt werden aber EU-Vorschriften unmittelbare Wirkung nach dem Prinzip der unmittelbaren Wirkung haben. Bis dahin werden EU-Vorschriften nur als ein Auslegungshilfsmittel, anstatt als eine unmittelbare Rechtsquelle, angewendet.

Schlüsselwörter: Wettbewerbsrecht, Unternehmenszusammenschlüsse, strukturelle Maßnahmen, verhaltensorientierte Lösungen, Wettbewerbsbehörde.

Riassunto

MISURE STRUTTURALI E MISURE DI MONITORAGGIO DEI COMPORTAMENTI FUTURI QUALI CONDIZIONI PER L'ATTUAZIONE DELLA CONCENTRAZIONE NEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA EUROPEO E CROATO

Un efficace controllo della concentrazione degli imprenditori sottintende la rilevazione di quelle concentrazioni che hanno conseguenze negative per la concorrenza. Tuttavia, tali concentrazioni possono essere consentite, qualora i partecipanti alla concentrazione accettino di osservare talune misure, condizioni ed obbligazioni atte a rimuovere le conseguenze negative della concentrazione. Nel lavoro vengono esaminate le regole europee e la prassi della Commissione e dei tribunali nel campo del diritto della concorrenza; allo stesso modo vengono esaminate le regole croate e la più recente prassi dell'Agenzia per la tutela della concorrenza. Con ciò viene chiaramente illustrato lo stato attuale del diritto della concorrenza nell'UE ed in Croazia specie con riguardo alle misure strutturali ed alle misure di monitoraggio dei comportamenti futuri. In tale senso, ci s'interroga sul grado di uniformazione della normativa croata con l'*acquis* dell'Unione, come anche sulla misura in cui la prassi dell'Agenzia per la tutela della concorrenza segue le più recenti modifiche della legislazione europea (Comunicazione della Commissione sulle misure dell'anno 2008). Si scorge la tendenza "ad armonizzare attraverso la prassi", i.e. la tendenza ad attuare direttamente i criteri che si applicano nel diritto della concorrenza dell'Unione nelle singole decisioni dell'Agenzia, a prescindere dal fatto che talune questioni giuridiche non vengano risolte mediante la vigente normativa nazionale. Una siffatta situazione di uniformazione interpretativa per mezzo della prassi, caratteristica per il periodo antecedente il pieno ingresso della Croazia, quale stato membro dell'Unione europea, probabilmente non cambierà significativamente nemmeno dopo l'ingresso a pieno titolo, sebbene allora la legislazione dell'Unione verrà applicata direttamente, in base al principio dell'effetto diretto; mentre fino a quel momento le regole dell'Unione „non si applicano quali fonte diretta di diritto“, bensì soltanto in qualità di „mezzo di sostegno ai fini interpretativi“.

Parole chiave: *Diritto della concorrenza, concentrazioni di imprenditori, misure strutturali, misure di monitoraggio dei comportamenti futuri, Agenzia per la tutela della concorrenza.*